الجمهوريّة الجزائريّة الديمقراطيّة الشعبيّة

وزارة التّعليم العالي والبحث العلميّ

جامعة الحاج لخضر .باتنة.
كليّة العلوم الاجتماعيّة والعلوم الإسلاميّة
قسم الشّريعة

نيابة المديريّة لما بعد التدرّج
والبحث العلميّ والعلاقات الخارجيّة

حجّيّة الحكم القضائيّ

-دراسة مقارنة بين الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ-

بحث مقدّم لنيل درجة دكتوراه العلوم في الشّريعة والقانون

إعداد الباحث
مراد كاملي

إشراف الأستاذ الدّكتور
سعــــــيد فكــــــره

لجنة المناقشــــــــــــــة

الاسم واللّقب	الرّتبة العلميّة	الجامعة الأصليّة	الصّفة
إسماعيل يحي رضوان	أستاذ التّعليم العاليّ	كلّيّة العلوم الاجتماعيّة والعلوم الإسلاميّة -باتنة-	رئيسا
سعيد فكره	أستاذ التّعليم العاليّ	كلّيّة العلوم الاجتماعيّة والعلوم الإسلاميّة -باتنة-	مقرّرا
مالكي محمّد الأخضر	أستاذ التّعليم العاليّ	كلّيّة الحقوق جامعة منتوري -قسنطينة-	عضوا
بوزيد عبد الحليم	أستاذ التّعليم العاليّ	كلّيّة العلوم الاجتماعيّة والعلوم الإسلاميّة -باتنة-	عضوا
بوعبد الله مختار	أستاذ محاضر	معهد الحقوق -المركز الجامعي أم البواقي-	عضوا
بوزغيبة محمّد	أستاذ محاضر	جامعة الزيتونة -تونس-	عضوا

السنة الجامعيّة 1428-1429هـ/2007-2008م

(فلا وربّك لا يؤمنون حتّى

يحكّموك فيما شجر بينهم ثمّ لا

يجدوا في أنفسهم حرجا ممّا

قضيت ويسلّموا تسليما)

(سورة النّساء، الآية 65)

الإهــداء

إلى روح أبي العزيز،

إلى مهد الطّفولة ورمز العطاء أمّي الغالية،

إلى زوجتي ورفيقة دربي،

إلى أولادي إبراهيم، يسرى وأحمد،

أهدي هذا العمل

شكـــر وعرفان

الحمد لله من قبل ومن بعد،

لا يسعني في خاتمة العمل ومستهلّ الحديث إلاّ أن أتوقّـف وقفـة شـكر وامتنـان، وتقدير وعرفان، لكلّ من ساهم في إعانتي لإنجاز هذا البحث توجيهـا ونصـحا، وإمـدادا بالمصادر والمراجع وتسخيرا للوسائل المختلفة والظّروف اللاّزمة.

أخصّ بالذّكر ابتداء الأستاذ الدكتور المشرف سعيد فكره الّـذي أسـدى إلـيّ التّوجيهات، وتحمّل معي عبء الرّسالة، ومنحني من وقته الثّمين.

كما أتقدّم بالشّكر الجزيل للأستاذ الدّكتور بوزغيبة محمّد الّذي كان لـي موجّهـا وناصحا في تونس طيلة فترة المنحة بالخارج.

ولا يفوتني أن أتقدّم بالشّكر الجزيل إلى زوجتي الأستاذة خشـمون مليكـة الّتـي وهبتني كثيرا من الجهد والرّعاية في مراجعة البحث وإعداد فهارسه.

وإلى جميع من ساهم وسدّد بالقول والفعل من الأحباب والإخوان.

الكلمات المفتاحية

حجيّة الحكم القضائيّ، حجيّة الشّيء المقضيّ، حجيّة الأمر المقضيّ، الدّفع بسبق الفصل، الظّاهر من أحكام القضاء الصحّة، نفاذ الأحكام القضائيّة، نقض الأحكام القضائيّة، قوّة الأمر المقضيّ، الجهة القضائيّة، الاختصاص القضائيّ، موضوع النّزاع، الحكم المدنيّ، الحكم الجنائيّ، المسألة المقضيّ فيها، المنطوق، تعقّب القضاة.

مفاتيح الرسالة (رموز ومختصرات)

لا يستغني البحث عن بيان مفاتيحه، رغم أنّني قصدت سلوك المألوف الغالب في الاستعمال، واجتنبت في الغالب الاستعاضة عن الكلمات بالحروف والرّموز اختصارا توقيا من أيّ خطأ أو سهو.

مفاتيح عامّة:

(.....) تحديد الآيات القرآنيّة عند نقلها، شرح كلمة أو توضيح عبارة أو ترجمة مصطلح.

"...." تحديد الاقتباسات اللّفظيّة (نصوص الأحاديث والآثار، أقوال الفقهاء، النّصوص القانونيّة، الاجتهادات القضائيّة)

[....] توضيح معنى عبارة أو مقصود صاحبها حال الاقتباس الحرفيّ لها.

مفاتيح الهامش:

؛ للفصل بين معلومات المراجع عند التّوثيق في الهامش.

، للفصل بين معلومات المرجع الواحد.

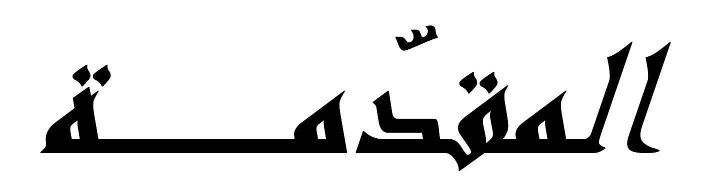
ط طبعة

ج جزء

ص صفحة

انظر: عند الاقتباس المعنويّ، أو الإحالة إلى صفحة أخرى من البحث.

p page
p.p. pages
t. tome
art article
éd. édition
c. code
civ. civil
c.p.p. code procédure pénal



الحمد لله الّذي بنعمته تتمّ الصّالحات، والصّلاة والسّلام على رسوله –صلى الله عليه وسلم-.

التّعريف بالموضوع:

لا يخفى على ذي بصيرة أنّ مقصد الشّرائع والقوانين هو أن تكون أحكامها نافذة مُطاعة في حياة النّاس وسلوكاتهم، وهي تقوم أساسا على مبدأ إلزام المخاطبين بها وفرضها عليهم في سائر جوانب حياتهم المشغولة بتنظيمها.

وإذا كان القضاء كسلطة ووظيفة هو المخوّل ابتداءً ببيان هذه الأحكام، وفصل الخصومات والنّزاعات بمقتضاها، وإلزام المتخاصمين بها، فإنّ القول بنفوذ ما يصدر عنه من أحكام يُعتبر الصّورة الأوضح لنفوذ أحكام ما يعتمده من شرائع وقوانين.

وإنّما يكون نفوذ أحكام القضاء بالتّسليم لها وترك المنازعة فيها بعد صدورها، وحملها على الصحّة، والامتناع عن المساس بها تمهيدا لتحقيقها بتنفيذ ما فصلت به واقعا ملموسا في حياة النّاس.

بل إنّ قيمة الحكم القضائيّ الّذي يُعتبر ثمرة جهد القاضي، ونتيجة بحثه للوقائع المعروضة عليه وتكييفها، ثمّ تحديد النّصوص الواجبة التّطبيق، وتتريلها عليها، إنّما تُستمدّ من مدى التّسليم الواجب له والاحترام اللاّزم، وهو قدر مشترك يجب أداؤه من القضاء والخصوم على السّواء بترك تجديد البحث فيما قضى به، وترك المنازعة فيه، واعتباره فيما يُستقبل من الدّعاوى.

ومن هنا يتحدّد موضوع البحث وهو "حجيّة الحكم القضائيّ"، وذلك باعتباره بحثا في إحدى أهمّ خصائص الحكم القضائيّ وآثاره الّتي تمثّل تجسيدا لفكرة نفوذ أحكام الشّريعة والقانون من خلال الامتثال للحكم القضائيّ وترك المنازعة فيه.

وإذا كانت المقاصد والأهداف المنوطة بالقضاء سلطة ووظيفة تتجاوز هدف الإلزام بالأحكام ولو كانت أهمّها، وتزيد عنه بقصد تحقيق العدالة وحفظ الحقوق وحفظ نظام المجتمع وفرض سلطان الدّولة وهيبة القضاء، فإنّ الحكم القضائيّ في استقراره وامتناعه عن المساس به تتجاذبه مصلحة نفوذ الأحكام واستقرارها وحفظ هيبة القضاء من جهة، ومصلحة تحقيق العدالة وحفظ الحقوق من جهة أخرى، وليس الصّواب في تحقيق جانب من المصالح على آخر، وإنّما في معرفة كيفيّة جمعها وتحقيقها جميعا إن أمكن، ومعرفة ما يلزم إهداره لكونه مظنونا أو مرجوحا في مواجهة الجانب الآخر.

ولهذا فإنّ موضوع البحث يتحدّد أيضا في تقصّي مدى حيازة الحكم القضائيّ للحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ، وما هي شروط قيامها وحدود إعمالها، وما يرد عليها من استثناء وقيد، مع بيان آثار إعمالها.

وبشكل مختصر، فإنّ موضوع البحث هو رسم معالم نظريّة حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة مقارنا بما استقرّت عليه في القانون الوضعيّ، وتحديد أوجه الاتّفاق والاختلاف مع الإشارة إلى الأسباب العميقة لذلك.

وقد قصدت إطلاق عبارة "حجيّة الحكم القضائيّ" بدل العبارة المتداولة في الفقه والتّشريع القانونيين عادة وهي "حجيّة الشّيء المقضيّ" أو"حجيّة الأمر المقضيّ" "L'autorité de la chose jugée"، وهذا لاعتقادي أنّ الحجيّة إنّما تلحق ما تضمّنه الحكم من قضاء وفصل في النّزاع لا طلبات الخصوم والوقائع المحكوم فيها، فهي صفة من صفاته وأثر من آثاره، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنّ مصطلح الحكم القضائيّ مصطلح أصيل ومعنى مستقرّ في الشّريعة والقانون على السّواء، فتكون إضافة الصّفة إليه أجلى للمفهوم، خاصّة إذا علمنا أنّ فقهاء الشّريعة لم يخصّوا لفظ "الحكم القضائيّ" إلاّ ما كان حائزا للحجيّة.

أهميّة البحث:

يستمدّ هذا البحث أهميّته من أهميّة موضوعه وأهميّة مجال البحث.

فأمّا أهميّة موضوعه فتتجلّى في كون الحجيّة من أهمّ وأغنى مواضيع المرافعات، وقد شَغلت المباحث ذات الصّلة بالموضوع كتابات واجتهادات فقهاء الشّريعة الإسلاميّة في مجال القضاء، كما اجتهد فقهاء القانون الوضعيّ في بيان مضامينها وشروطها ومظاهرها، وهذا الموضوع رغم ما أُلّف فيه لا يزال يُطرح كواحدة من أهمّ المواضيع صعوبة وتأثيرا لتعدّد آثاره وتكرّر الحاجة إليه واستعماله في القضاء، وتُعدّ الحجيّة أهمّ أثر للحكم القضائيّ وأخصّ صفاته الّتي تميّز بها على كلّ أشكال القرارات الصّادرة عن سلطات الدّولة.

وأمّا أهميّة مجال البحث فتستمدّ من أنّ الحكم القضائيّ يُعدّ ثمرة العمل القضائيّ وخلاصة تتريل نصوص الشّريعة والقانون على الوقائع المعروضة على القضاء، وهو عنوان العدالة وسلطة الشّرع والقانون.

أسباب اختيار الموضوع:

دفعني إلى اختيار هذا البحث جملة من الأسباب الذّاتيّة والموضوعيّة ويمكن إجمالها فيما يلي:

أ- الأسباب الذّاتيّة:

- ميلي إلى بحث موضوع النّظام القضائيّ في الإسلام منذ مزاولتي للدّراسة في ميدان العلوم الشرعيّة (منذ حوالي عشرين سنة)، ورغبتي في الاستزادة من مباحثه وأفكاره خاصّة بعد أن بحثت فيه في مرحلة الماجستير بموضوع "مقاصد النّظام القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة".

- اشتغالي بالتّدريس في ميدان الحقوق منذ ما يزيد عن ستّ سنوات، ممّا جعلني أميل نحو الدّراسات ذات الطّابع العمليّ، وذات الارتباط بجملة تخصّصات (المرافعات، المدنيّ، الجنائيّ...).

ب- الأسباب الموضوعيّة:

- أهميّة البحث في موضوع الحكم القضائيّ، خاصّة وأنّه يمثّل تجسيدا لأحكام الشّريعة والقانون في حالات الخصومة والمنازعة، ويمثّل ثمرة جهد الفقه في البحث عن حلول للمسائل الواقعيّة المعاصرة، وثمرة جهد القاضي في فهم الوقائع وتكييفها وتحديد النّصوص المنطبقة عليها وتتريلها عليها.

- أهميّة موضوع حجيّة الحكم القضائيّ بالنّظر إلى ما يطرحه من إشكالات وصعوبة على مستوى التّنظير والتّطبيق على السّواء، وتظهر أهميّته خاصّة باعتباره نظاما وُجد لإضفاء الاحترام والحصانة على الأحكام القضائيّة ومنع تجدّد الخصومات، وهو رغم بساطة الفلسفة الّتي يقوم عليها لا يزال يطرح مشاكل عميقة في تحديد حقيقته وشروط إعماله وآثاره خاصّة بالنّظر إلى طابعه العمليّ، وأهميّته باعتبار أنّه يقوم أساسا على منع تجدّد النّزاعات وإضفاء الاحترام على ما يصدر من الأحكام، وتلك غاية يسعى إليها المتقاضي ويبذل لأجلها جهده ووقته وماله، كما أنّ فيها مصلحة ظاهرة للمجتمع باستقرار المراكز القانونيّة واجتثاث أسباب النّزاع.

- ارتباط موضوع حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة بجملة من المباحث المهمّة والمثيرة للجدل في الفقه الإسلاميّ ومثالها:"مبحث نقض الأحكام القضائيّة"، "مبحث تعقّب القضاة في أحكامهم"، "مبحث حدود ولاية القاضي واختصاصه"، "مبحث رفع الحكم القضائيّ للخلاف الفقهيّ".

- قلّة الدراسات العلميّة الّتي اهتمّت بموضوع حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة مقارنا بالقانون الوضعيّ، وكنت أحسب أنّه لا وجود لها مطلقا حتّى مكّنني البحث المتواصل في الموضوع إلى الاطّلاع على بعض منها، وهي رغم قلّتها ذات أهميّة لا تُنكر.

- إثارة الحجيّة لاختلافات كبيرة بين الباحثين حول حقيقتها وطبيعتها والأساس الّذي تقوم عليه وشروط إعمالها ونطاق سريانها وآثارها، ممّا أوجد اختلافا كبيرا في اعتماد المبدأ في التّشريعات وتطبيقها في القضاء.

إشكاليّة البحث.

تناول فقهاء الشّريعة الإسلاميّة موضوع الحكم القضائيّ بالبحث والبيان، كما تعرّضوا لمسائل ذات صلة وطيدة بآثاره خاصة ما تعلّق بما يجب له من الاحترام والتّسليم من ذلك:

- مسألة نقض الحكم القضائيّ المؤسّس على الاجتهاد.
- مسألة تعقّب القضاة في أحكامهم.

- مسألة نفاذ الحكم القضائيّ في المجتهدات.
- مسألة رفع الحكم القضائيّ للخلاف الفقهيّ.
- مسألة نفاذ الحكم القضائيّ ظاهرا وباطنا فيما للقاضي فيه ولاية الإنشاء.
- مسألة حجيّة كتاب القاضي للقاضي.

إلاّ أنّهم شُغلوا في الغالب بتفريعات هذه المسائل وتشعّباتها عن ملاحظة القواسم الجامعة لها، والقواعد العامّة الحاكمة على جزئيّاتها، وقد انجرّ عن ذلك نقائص أهمّها:

1- اختلافهم أحيانا في منح الحكم القضائيّ ما يلزمه من الحصانة بشكل غير مبرّر، فبينما يمنع جمهور الفقهاء القاضي مصدر الحكم من المساس به بمجرّد إصداره، يرى فريق من المالكيّة إمكانيّة ذلك لمجرّد أنّه رأى ما هو أحسن منه، وبينما يمنع جمهور الفقهاء تعقّب القضاة فيما أصدروا من أحكام، يرى فريق من الشافعيّة والحنابلة جواز ذلك لمجرّد تحقيق فضل الاحتياط ولو من غير متظلّم.

2- كثرة ما ذكره بعضهم من استثناءات على الأحكام الّتي قرّروها، بحيث غدت تلك الاستثناءات لكثرتها تحتاج إلى تقعيد، فهم رغم منعهم لنقض الحكم القضائيّ المبنيّ على الاجتهاد اعتبارًا لما قام عليه من اجتهاد وللاحترام الّذي ناله بمجرّد صدوره، يعودون فيجيزون نقض أصناف من الأحكام المؤسّسة على الاجتهاد لمجرّد مخالفة اجتهاد مذهبهم، وقد عدّ الطرابلسيّ منها ثمانية مواضع، وعلّق السنهوري بقوله:"... ولكن يرد على مبدأ حجيّة الأمر المقضيّ في الفقه الإسلاميّ استثناءات بلغت من الكثرة حدّا جعل الفكرة السّائدة أنّ الفقه الإسلاميّ لا يقرّ المبدأ ذاته...".

ولهذا كان من الطّبيعيّ التّساؤل حول مدى وجود مبدأ حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة، ومدى اعتباره في الفقه الإسلاميّ، ويستتبع هذا التّساؤل تساؤل آخر لا يقلّ أهميّة عن الأوّل، وهو كما يلي: إذا كان غالب فقه الشرّيعة لا يغفل عن إضفاء الحصانة والاحترام للأحكام القضائيّة، فما مدى مطابقة مفهوم الحجيّة عنده ومضمونها لما هو مقرّر في القانون الوضعيّ؟ ويستدعي هذا التّساؤل الكبير تساؤلات فرعيّة تُلقي بكلكلها على البحث أهمّها:

- ما مدى اتّفاق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة في مفهوم الحجيّة وحقيقتها؟
- ما مدى اتّفاق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة حول الأساس الّذي تستند إليه وعلاقتها بالنّظام العام؟
- ما مدى اتّفاق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة حول الشّروط الواجب تحقّقها لإعمال الحجيّة؟
- ما مدى اتّفاق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة حول نطاق وآثار مبدأ الحجيّة؟

ولا يقتصر الأمر عند هذا الحدّ، بل إنّ الحديث عن حجيّة الحكم القضائيّ في القانون الوضعيّ يطرح مشاكل جديّة حول حقيقة هذا المبدأ، وشروط إعماله، إذ أنّ المُطالع للمراجع المختلفة يلحظ خلطا واضحا بين مفهوم الحجيّة ومفاهيم أخرى كاستنفاد المحكمة للولاية وقوّة الأمر المقضيّ، وهو خلط لم يسلم منه المشرّع القانونيّ ذاته، ناهيك عن عامّة الدّارسين للقانون، وقد انجرّ عن ذلك غياب الدقّة في تحديد مفاعيل الحجيّة وآثارها ونطاق إعمالها.

كما أنّ التشريعات الوضعيّة لا تزال غير مستقرّة حول مسائل أساسيّة حول الحجيّة مثل تعلّقها بالنّظام العام وتأثير تخلّف شروط صحّة الحكم القضائيّ عليها، ومجال سريان الحجيّة من حيث دلالة الحكم.

أهداف البحث: يهدف البحث إلى تحقيق أهداف يمكن إجمالها فيما يلي:

1- رسم معالم نظريّة حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة انطلاقا ممّا استقرّت عليه في القانون الوضعيّ، وهذا ببيان وضع الشّريعة الإسلاميّة والفقه الإسلاميّ لمضامين هذه القاعدة، وتوفّره على مختلف الأفكار المتعلّقة بها.

2- توضيح مواضع الاتّفاق والاختلاف بين القانون الوضعيّ والشّريعة الإسلاميّة من حيث مفهوم الحجيّة وأساسها وتعلّقها بالنّظام العامّ وشروط إعمالها ونطاقها وآثارها ومختلف الأفكار المتعلّقة بالموضوع، وهذا قصد تحديد ما لهذا المبدأ من خصوصيّة في الشّريعة الإسلاميّة وتأكيد امتيازها على القانون الوضعيّ.

منهج البحث:

يتبيّن من خلال أهداف البحث أنّ المقصد الأهمّ له هو رسم معالم نظريّة حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة، وهو ما يقتضي تتبّع نصوص الشّريعة وقواعدها ومباحث الفقه المختلفة المتعلّقة بالقضاء قصد استخلاص أهمّ أفكار المبدأ ومضامينه وأدلّة قيامه وأساسه وشروطه ومجالات اعتباره وآثاره، ولهذا فإنّ عمدتي في ذلك هو المنهج الاستقرائيّ الّذي يمكنني من تتبّع هذه الأفكار وحصرها ومحاولة تحديد دلالتها على أفكار الحجيّة ومضامينها، ثمّ الشّروع في عمليّة تجميعها وتوضيح الرّوابط بينها للتمكّن من رسم البناء الفكريّ الّذي ينتظمها في ظلّ النّظام القضائيّ الإسلاميّ.

ولا تخفى ضرورة تحليل وتوجيه ما يُعرض من أدلّة وأفكار ومضامين نحو تحقيق هذه الغاية، ولهذا فقد استعملت آليات التّحليل لبيان وجه دلالات نصوص الشّريعة ونصوص القانون وعبارات الفقهاء على أفكار الحجيّة ومضامينها المختلفة.

ولّما كان البحث مقارنا بالقانون الوضعيّ، وكان رسم معالم الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة ينطلق ممّا استقرّت عليه في الفقه والتّشريع الوضعيّ ويحدّد خصوصيّة هذا المبدأ في الشّريعة الإسلاميّة فقد اعتمدت آليات المنهج المقارن في سائر الأفكار الّتي تناولتها في البحث وهذا بعرض مضمونها في الشّريعة الإسلاميّة أوّلا، ثمّ أعقب بعرضها في القانون الوضعيّ، تمهيدا للمقارنة بين النّظامين حول تلك الفكرة، إلاّ أنّني اجتنبت المقارنة التجزيئيّة لأفكار البحث لأنّها تشتّت مباحثه بشكل يذهل به البحث عن أهدافه وموضوعه الأساسيّ، وإنّما عقدت تلك الخلاصات في نهاية المباحث بعد استيفائها في الشّريعة والقانون الوضعيّ.

وقد قصدت بمصطلح الشّريعة الإسلاميّة معناه الواسع الّذي يجمع الأحكام الثّابتة بالنّصوص الشّرعيّة والاجتهاد، وهذا على اعتبار أنّ النّظام القضائيّ في الإسلام مركب منهما معا، ولأنّ المقارنة تكون بينها وبين القانون الوضعيّ دون تمييز بين ما هو ثابت بنصّ أو اجتهاد.

وأقصد بالقانون الوضعيّ مجموع الفقه والتّشريع البشريّ غير المستند إلى الوحي، وينصرف إطلاقه في البحث أساسا إلى القانون الجزائريّ إذا كان الحديث بخصوص التّشريع، وإلاّ حددت المقصود، وقد رجعت في بعض المسائل إلى التّشريع والاجتهاد القضائيّ المصريّ والفرنسيّ خاصّة فيما تعلّق بتأصيل الحجيّة زيادة في توضيح المعنى.

ولم يكن مقصدي في عرض الجزئيات الفقهيّة الإحاطة بأقوال الفقهاء في المسألة المعروضة، ولا مناقشة الأدلّة والتّرجيح إلاّ في المسائل ذات الصّلة المباشرة بالموضوع، ولهذا فقد تنوّع عرضي لها بين الإسهاب والإيجاز بحسب ما رأيته من صلة بخدمة قاعدة الحجيّة وبيان مفاعيلها.

وقد اعتمدت تهميش كلّ ما ورد في المتن على النّحو التّالي:

- ذكر اسم السّورة ورقم الآية، مع كتابتها على رسم المصحف العثمانيّ وفق رواية حفص.
- تخريج نصوص الأحاديث والآثار.
- توثيق الاقتباسات اللّفظيّة والمعنويّة وهذا بذكر اسم المؤلّف أوّلا، فإن كان من المتقدّمين فأضع اسم الشهرة بين قوسين، ثمّ اسم الكتاب بخط ثخين حتّى يُميّز، فإن كان ذلك لأوّل مرّة ذكرت اسم المؤلّف والمؤلَّف كاملا مع تاريخ الوفاة ما أمكن، وكذا اسم المحقّق أو المعلّق إن وُجد، مع ذكر معلومات النّشر الموجودة على غلاف الكتاب أو باطنه، وما تركت ذكره فإنّ ذلك لعدم توفّره، وأنهي أخيرا بتحديد الجزء والصّفحة، فإن تكرّر استعمال المرجع اكتفيت بذكر اسم المؤلّف المشتهر، وعنوان الكتاب مختصرا، مع الإشارة بنقاط ثلاث متتابعة عن ذلك، مع تحديد الجزء والصّفحة، فإن اختلفت الطّبعة المستعملة لنفس المرجع أشرت لما يميّزها،

كما قصدت عدم الاستغناء عن ذكر المرجع إن تكرّر ذكره بالإشارة المفهمة إلاّ إن حدث ذلك في نفس الصّفحة.

- ترجمة كلّ من ورد ذكره من الأعلام في المتن إلاّ من لم أعثر عليه، وإنّما يكون ذلك بشكل مختصر، فإن كان من الصّحابة – رضي الله عنهم- فقد رجعت خاصّة إلى كتابي "الاستيعاب في معرفة الأصحاب" لأبي عمر النميريّ و"الإصابة في تمييز الصّحابة" لابن الأثير، وإن كان من متقدّمي التّابعين وأصحاب المذاهب والرّعيل الأوّل فقد رجعت إلى كتب منها "تذكرة الحفّاظ" للذّهبيّ و"الطّبقات" للشّيرازيّ، وإن كان من المتأخرين فقد استعملت كتاب "الأعلام" للزّركليّ، واستغنيت بمواقع موثوقة على الأنترنيت لبعض المعاصرين. وقد اقتصرت غالبا على ذكر اسم العلم كاملا، وسنة وميلاده ووفاته، ومذهبه وما اشتهر به، مع ذكر بعض تصانيفه غير قاصد الاستيعاب في شيء منها.

تقسيم البحث وخطّته:

تقسيم البحث:

اعتمدت تقسيم البحث إلى أبواب ، ثمّ إلى فصول، ثمّ إلى مباحث، ثمّ إلى مطالب، ثمّ إلى فروع، فإن كان الفرع يتضمّن تفريعا فقد اكتفيت بذكره تحت عبارات أوّلا، ثانيا...، ولم أدرج الخلاصات المقارنة ضمن التّقسيم لأنّها تمثّل خاتمة للمباحث بعد استيفاء الفكرة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

خطّة البحث:

الحجيّة كنظام له كيانه الخاص، بحيث يستقلّ بمفهومه ونشأته وأدلّة مشروعيته وطبيعته وأساس قيامه، كما أنّ له شروطا حتّى يوجد ويحقّق مفاعيله، وله مجال للعمل والسّريان يحدث فيه آثاره ويبرز فيه مظاهره.

ولّما كان البحث كما سبقت الإشارة إليه هو محاولة لرسم معالم نظريّة حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة بالنّظر إلى ما استقرّت عليه في القانون الوضعيّ فقد أطلقت على الباب الأوّل عنوان "تأصيل حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ"، وقد تناولت فيه كلّ ما تعلّق بالمفاهيم الأساسيّة الّتي يقوم عليها المبدأ ويستمدّ منها وجوده، سواءً أتعلّق ذلك بمفهوم المبدأ ذاته في ظلّ الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ، أم تعلّق بمشروعيّة المبدأ وأساسه وارتباطه بالنّظام العام في كلّ منهما، فاستقرّ الباب الأوّل على النّحو التّالي:

الباب الأوّل: تأصيل حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفصل الأوّل: مفهوم حجيّة الحكم القضائيّ ونشأها وتمييزها عن الأنظمة المشابهة.

الفصل الثّاني: مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ وأساسها وعلاقتها بالنظام العام.

وعدت في الباب الثّاني إلى الحديث عن شروط حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ، وتقسّمها كتب القانون عادة إلى شروط للتمسّك بالحجيّة وأخرى للدّفع بها، إلاّ أنّني أضفت لهـا قسما ثالثا له بالغ الأهميّة في ظلّ فقه الشّريعة الإسلاميّة، ألا وهو شروط صحّة الحكم القضائيّ، فاستقرّ هذا الباب في فصول ثلاثة على النّحو التّالي:

الباب الثّاني: شروط حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفصل الأوّل: شروط صحّة الحكم القضائيّ وأثرها على حجيّته في الشّريعة الإسـلاميّة والقـانون الوضعيّ.

الفصل الثّاني: شروط التّمسّك بحجيّة الحكم القضائيّ وأثر اعتبارها في الشّريعة الإسلاميّة والقـانون الوضعيّ.

الفصل الثالث: شروط الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ وأثر اعتبارها في الشّريعة الإسـلاميّة والقـانون الوضعيّ.

ولّما كانت ثمرة هذا النّظام إنّما تظهر في تحديد مجال سريانه وآثاره فقد عنونت الباب الثّالث بـ "مجال سريان حجيّة الحكم القضائيّ وآثارها في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ"، واستقرّ في فصلين على النّحو التّالي:

الباب الثّالث: مجال سريان حجيّة الحكم القضائيّ وآثارها في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفصل الأوّل: مجال سريان حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفصل الثّاني: آثار حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الدّراسات السّابقة في الموضوع:

يمكن تقسيم الدّراسات السّابقة في موضوع الحجيّة خصوصا إلى نوعين:

النّوع الأوّل: دراسات حول حجيّة الحكم القضائيّ في القانون الوضعيّ: وهي الدراسات المقتصرة على بحث الحجيّة كنظام قانونيّ دون مقارنتها بالشّريعة الإسلاميّة، وهي كثيرة ومتعدّدة أهمّها:

1) كتاب حجيّة الأمر المقضيّ وقوّته في المواد المدنيّة والجنائيّة لصاحبه عبد الحكم فوده. وهو كتاب اسـتوفى مباحث الموضوع، وجمع فيه المؤلّف بين الفقه والقضاء، ولم يكتف فيه البحث بالفقه والقضاء المصريين، بـل كان يشير في كلّ مبحث إلى موقف الفقه والقضاء الفرنسيّ، كما اجتهد في تمييز نظام الحجيّة عن نظام قـوّة

الأمر المقضيّ بحيث درس النّظامين يشكل متوازي من بداية البحث إلى نهايته، ولقد كان لهذا الكتاب فضل كبير في تصوّري لأبعاد الموضوع ومباحثه، إلاّ أنّ هذا الكتاب اقتصر على الفقه والقضاء المصريّ والفرنسيّ إضافة إلى أنّه لم يعرض ولو إشارة إلى حجيّة الأحكام في الشّريعة الإسلاميّة.

2) كتاب حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة في ضوء القضاء والفقه لصاحبه عبد الحميد الشّواربي. وهو كتاب استوفى فيه صاحبه مباحث الموضوع، إلاّ أنّ عرضه للفقه كان مختصرا إلى حدّ كبير، بينما غلب على صفحات الكتاب أحكام النّقض لمحكمة النّقض المصريّة.

3) كتاب حجيّة الحكم الجنائيّ أمام القضاء المدنيّ لصاحبه إدوار غالي الذّهبيّ. وقد اهتمّ بجانب من آثار حجيّة الحكم القضائيّ ونوع منه كما هو واضح في عنوانه، وأصلها بحث حاز به الباحث درجة الدكتوراه سنة 1960م في جامعة القاهرة في العلوم الجنائيّة، وهي عظيمة الفائدة في موضوع الحجيّة عامّة وفي جانب حجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء المدنيّ خاصّة.

4) كتاب "أعمال القاضي الّتي تحوز حجيّة الأمر المقضيّ وضوابط حجيّتها" لصاحبه أحمد ماهر زغلول. وقد سلك فيه صاحبه أسلوب التّحقيق، وأفاض في جوانب هامّة من موضوع الحجيّة وقد أحاط بالفقه القانونيّ المصريّ والفرنسيّ خبرا، وأبدع في اختياراته، حتّى أنّي تأثّرت كثيرا بمنهجه في الكتابة واعتمدت كثيرا من تحقيقاته واختياراته، إلاّ أنّ بحثه انصبّ أساسا على بحث أعمال القضاة في ميزان الحجيّة، ولهذا لم يتناول كثيرا من المباحث النّظريّة للموضوع إلاّ عرضا، واقتصر كالبقيّة على الفقه والقضاء المصريّ والفرنسيّ.

النوع الثّاني: دراسات حول حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة مقارنا بالقانون الوضعيّ.

وهي الدراسات الّتي جمعت في بحثها للموضوع بين عرض نظام الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ قصد المقارنة، وقد اجتهدت في جمع كلّ ما وجدته من هذا القبيل، وهو في نظري قليل لا يخلو من ملاحظات تقصر به عن إغنائي عن البحث في الموضوع، وأوردها كما يلي:

1- مقال بعنوان:"حجيّة الحكم القضائيّ بين الشّريعة الإسلاميّة والقوانين الوضعيّة" لصاحبه محمد نعيم ياسين. وهو مقال نشر في قسمين في مجلّة الحقوق لكليّة الحقوق بالكويت (العدد 3 و4) سنة 1402هـ 1982م، وهي الدّراسة الوحيدة الّتي اطّلعت عليها ضمن الدّراسات المقارنة للحجيّة قبل تسجيلي لبحث الدكتوراه، وقد ركّز دراسته على بعض الجوانب الأساسيّة من الموضوع، ممّا يسعه مقال علميّ، بينما أغفل جوانب أخرى كاستعراض أدلّة مشروعيتها ومجال سريانها، كما كان حديثه مختصرا جدّا عن الحجيّة في ظلّ القانون الوضعيّ رغم كون البحث مقارنا، ويظهر أنّه كان لهذه الدّراسة صدى في الأبحاث العلميّة الّتي

تناولت الموضوع فيما بعد (وهي قليلة سيرد ذكرها) بحيث انطلقت جميعا من نتائج هذه الدّراسة، واعتنقت كثيرا من آراء الأستاذ ومقولاته.

2- كتاب بعنوان "نظريّة حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة" لصاحبه حسن بن أحمد الحمّادي، وهو في أصله رسالة دكتوراه. وقد ركّزت الدّراسة خاصّة على تأصيل مبدأ الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة من خلال نصوص الشرّيعة وفقه المذاهب المختلفة، كما تولّت الردّ على المنكّرين لمبدأ الحجيّة بشكل مستفيض، وبيّنت نطاق تطبيق الحجيّة الشّخصيّ والموضوعيّ كما عرضت لبعض آثار الحجيّة إلاّ أنّه تُسجّل على هذه الدّراسة الجادّة بعض المآخذ المهمّة ويمكن تلخيصها في النّقاط التّاليّة:

- عدم التّعرّض للمباحث المختلفة في ظلّ القانون الوضعيّ، وبالتّالي عدم عقد المقارنة بينه وبين مثيلتها في الشّريعة الإسلاميّة، خاصّة وأنّ أغلب ما ذكره من اصطلاحات، وعرض له من مفاهيم مستقرّ في القانون الوضعيّ.

- اقتصاره في آثار الحجيّة على الآثار السلبيّة المتمثّلة في الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ دون الآثار الإيجابيّة المتمثّلة في التّمسّك بها، كما أنّه جارى القانون الوضعيّ في حصر آثار الحجيّة على الدّعاوى المستقبلة، وأهمل الحديث عن آثار الحجيّة على الاجتهاد الفقهيّ وعلى اعتقاد الخصوم وهي بالغة الأهميّة في ظلّ الإسلام كشريعة تنتظم الظّاهر والباطن معا.

3- رسالة دكتوراه بعنوان "حجيّة الأمر المقضيّ به في الفقه الإسلاميّ والقانون الوضعيّ" لصاحبها علاء الدّين علي إبراهيم أحمد. بجامعة الأزهر كليّة الشّريعة والقانون بأسيوط، سنة 1996م. وهي مخطوط بقسم الرّسائل بكليّة الحقوق جامعة القاهرة تحت رقم 1/220، وتمتاز هذه الدّراسة بكثرة المباحث الّتي تناولتها وغزارة الأفكار الواردة فيها، والعدد المعتبر من المراجع المستعملة، إلاّ أنّه يُسجّل على هذه الدّراسة عدم تأصيل مبدأ الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ من حيث مشروعيّته، فإنّه إذا كان المبدأ مقرّرا في القانون الوضعيّ بشكل لا يثير إشكالا فإنّه في الشّريعة الإسلاميّة يتطلّب استقراءً وتدليلا وتحليلا خاصّة مع وجود من ينكر المبدأ أصلا، كما أنّها حصرت مسمّى القانون على الفقه والقضاء المصريّ.

4- كتاب بعنوان "بحث في حجيّة الأحكام في الشّريعة الإسلاميّة والقوانين الوضعيّة" لصاحبه عبد الحكم أشرف. وهو كتاب صغير الحجم، لم يتجاوز فيه صاحبه المباحث الّتي ذكرها وتناول محمد نعيم ياسين في المقال المشار إليه سابقا.

مصادر ومراجع البحث:

إنّ طبيعة البحث الموسوم بـ"حجيّة الحكم القضائيّ –دراسة مقارنة بين الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ–" تقتضي أن تتعدّد مراجع البحث وتتنوّع بين مصادر ومراجع شرعيّة، وكذا مصادر ومراجع قانونيّة، ورغم أنّ كتب القضاء والمرافعات تحتلّ الصدارة في النّوعين نظرا لاندراج البحث ضمنها ابتداءً، إلى أنّ طبيعة البحوث الشّرعيّة تقتضي الرّجوع إلى علومها المختلفة (تفسير–حديث – فقه مذهبيّ – سياسة شرعيّة– أصول ومقاصد...) كما أنّ الموضوع مبثوث في القانون الوضعيّ بين فروعه المختلفة سواء المهتمّة بالقواعد الموضوعيّة أو القواعد الإجرائيّة.

وأهمّ هذه المراجع ضمن أهمّ أنواعها يمكن ذكرها كالتّالي:

1- كتب القضاء والمرافعات الشّرعيّة: ومثالها: تبصرة الحكّام لابن فرحون، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام والفروق للقرافي، الأحكام السلطانيّة للماوردي، الأحكام السلطانيّة للفرّاء، معين الحكّام للطرابلسي، موجبات الأحكام ابن قطلوبغا.

2- كتب الفقه المذهبي العامّة: منها المدوّنة رواية سحنون عن مالك، الذّخيرة للقرافي، بدائع الصّنائع للكاساني، درر الحكّام شرح مجلّة الأحكام لعلي حيدر، الأمّ للشّافعي، مغني المحتاج للشربينيّ، المغني لابن قدامة، كشّاف القناع وشرح منتهى الإرادات للبهوتي.

3- كتب القانون: من أهمّها نظريّة الأحكام لأحمد أبو الوفا، حجيّة الأمر المقضيّ وقوّته لعبد الحكم فوده، وحجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء المدنيّ لإدوار غالي الذّهبيّ، الوسيط للسنهوريّ، الوسيط وقانون القضاء المدنيّ لفتحي والي.

صعوبات البحث:

لولا أنّ الإنسان ينسى، ولحظة السّعادة بإتمام العمل تسلّيه عمّا عاناه من شدّة لما ذكرت من البحث إلاّ المعاناة المتواصلة، ويمكن تلخيص أهمّ هذه الصعوبات فيما يلي:

أ- الصعوبات الموضوعيّة:

1- تباين الاصطلاح بين فقه الشّريعة الإسلاميّة وفقه القانون الوضعيّ، إذ يعكس المصطلح مفهوما نشأ وتطوّر في ظلّ نظام متميّز، وهو ما يجعل ضبط الأفكار والمباحث من الصّعوبة بمكان، وأحيانا لا يجد الباحث لمصطلح في الشّريعة الإسلاميّة مقابلا في القانون الوضعيّ ولا قريبا منه مهما اجتهد، والعكس صحيح.

2- تشعّب موضوع البحث في فروع كثيرة من علوم الشّريعة والقانون على السّواء، فهو في ظلّ الشّريعة مبثوثا في كتب أهمّها كتب الفقه المذهبيّ والعامّ وكتب السياسة الشّرعيّة والقضاء وكتب القواعد الفقهيّة والمقاصد وغيرها، وهو في ظلّ القانون الوضعيّ مبثوثا في كتب أهمّها: كتب المرافعات (المدنيّة والجزائيّة) والقانون المدنيّ والقانون الجنائيّ والقانون الإداريّ وغيرها من فروع القانون.

3- ارتباط موضوع البحث في القانون الوضعيّ بمسائل عمليّة وارتباطها بالنّظام القانونيّ المطبّق في الدّولة، بحيث يكون لذلك أثر بالغ في صياغة مختلف الأفكار المتعلّقة بالمبدأ، بينما يطغى على موضوع البحث في مراجع الفقه الإسلاميّ الطّابع النّظري نظرا لأنّها كانت تبحث الفكرة مجرّدة من الزّمان والمكان، و لم تشغل نفسها بشرح منظومة قانونيّة معيّنة كما هو عليه الحال في مراجع القانون.

وبحث موضوع الحجيّة في القانون الوضعيّ وحده لا يسلم من الصّعوبات نظرا لارتباطه بأنظمة قانونيّة معيّنة، يقول أحمد ماهر زغلول:"... فالحجيّة هي محصّلة لنظام قانونيّ معيّن، ولذلك فإنّها تختلف باختلاف النّظم زمانا ومكانا... فتظل فكرة الحجيّة في أساسها ومضمونها ومفترضاتها وشروطها ونطاقها من الأفكار الخاصّة للنّظام القانونيّ الّذي تعمل في إطاره، ويكون الاختلاف بين النّظم القانونيّة هو اعتبار يؤدّي إلى تباعد فكرة الحجيّة بين هذه النّظم أكثر ما يؤدّي إلى تقاربها".

وإذا كان هذا يصحّ في إطار المقارنة بين القوانين الوضعيّة وحدها، فإنّ الصّعوبة تتضاعف في المقارنة بينها وبين الفقه الإسلاميّ خاصّة باعتبار فارق الزّمان والمكان الّذي كتبت فيه عباراته ووضعت فيه أنظمته ومصطلحاته.

ب- الصّعوبات الذّاتيّة:

انشغالي لحوالي أربع سنوات بالإدارة، حيث كنت مكلّفا بتسيير معهد العلوم القانونيّة والإداريّة ممّا حجزني بشكل شبه نهائيّ عن السّير في البحث، إضافة إلى الواجبات الاجتماعيّة الّتي لا يسلم منها الآباء، ولولا منّة الله عليّ بمنحة التّكوين بالخارج لمدّة عام ونصف الّتي كانت فرصة للتّفرّغ والتّشمير على ساعد الجدّ لما كان لهذا البحث أن يرى النّور، والحمد لله من قبل ومن بعد.

الباب الأوّل

تأصيل حجّية الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلامّية والقانون الوضعيّ

إنّ استهلال البحث الموسوم بــ"حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ" بالتعرّض لتأصيل الحجيّة فيهما أمر لا غنى عنه.

وقد قصدت من عبارة تأصيل الحجيّة بيان المفاهيم الأساسيّة التي تقوم عليها الحجيّة والتي تستمد منها وجودها، سواء أتعلّق ذلك بمفهومها في ظلّ الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ، أم تعلّق بمشروعيّتها، أم ارتبط ببيان أساسها في كلّ منهما، وارتباطها بالنّظام العامّ.

ولّما كان البحث برمّته يدور حول "حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ" أضحى الاستهلال ببيان مفهوم هذه الحجيّة في كلّ منهما حجر الأساس في هذا البناء الفكريّ حتّى تكون بداية ومنطلقا أتوسّل به إلى سائر عناصر البحث وأفكاره، وقد أتبعت ذلك بالحديث عن نشأتها وتطوّرها في كلا النّظامين تمهيدا لتوضيح حقيقتها ووجودها فيهما.

وبما أنّ هذه الدّراسة تهدف إلى رسم معالم نظريّة حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة انطلاقا ممّا استقرّت عليه في القانون الوضعيّ فقد كان لزاما عليّ أن أبحث أوّلا في ظلّ نصوص الشّريعة الغرّاء وقواعدها ما يشهد لها ويسندها ثمّ بيان أهمّ النّصوص الّتي تقرّرها في القانون الوضعيّ.

ثمّ إنّ ارتباط الحديث عن وجودها في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ بعلّة وجودها في تصوّر فقهاء الإسلام والقانون الوضعيّ قادني استكمالا لتأصيلها فيهما إلى التعرّض إلى الأساس الّذي قامت عليه وعلاقتها بالنّظام العامّ في نظر كلّ منهما.

ولّما كان التعرّض للحجيّة يقتضي بيان مفهوم الحكم القضائيّ، وهذا لأنّ الحجيّة صفة له تقتضي بيان الموصوف أوّلا ولأنّه مجال الدّراسة ثانيا، كما أنّ الحكم على الشّيء –كون الحكم القضائيّ حائزا للحجيّة – فرع عن تصوّر ذلك الشيء– وهو الحكم القضائيّ– ولهذا فقد مهّدت ببيان مفهوم الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

وقد ترتّب عن هذا تناول الباب الأوّل في مبحث تمهيديّ وفصول ثلاثة على النّحو التّالي:

المبحث التّمهيديّ: مفهوم الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفصل الأوّل: مفهوم حجيّة الحكم القضائيّ ونشأتها وتمييزها عن الأنظمة المشابهة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفصل الثّاني: مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفصل الثّالث: أساس حجيّة الحكم القضائيّ وعلاقته بالنّظام العامّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المبحث التّمهيديّ

مفهوم الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يعتبر الحكم القضائيّ موضوع الحجيّة، وهو مجالها الّذي تظهر فيه مفاعيلها، بل إنّ الحجيّة لا تعدو رغم أهمّيّتها صفة من صفاته وأثر من آثاره، ولا يستقيم الحديث عن الحجيّة في مختلف مباحث هذا البحث إلاّ بالوقوف على معنى الحكم القضائيّ وتحديد مفهومه.

ويشتمل الحديث في هذا المبحث التّمهيديّ مطلبين على النّحو التّالي:

المطلب الأوّل: مفهوم الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

المطلب الثّاني: مفهوم الحكم القضائيّ في القانون الوضعيّ.

المطلب الأوّل: مفهوم الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

درج علماء الإسلام في تعريفهم للمركّب اللّفظي على التّقديم ببيان مفاهيم أجزائه تمهيدا لتعريفه، وذلك ببيان معنى الجزء لغة واصطلاحا، لأنّ التعمّق في معاني الاصطلاحات لا يتأتّى إلاّ بإدراك معانيها الأصليّة في الوضع اللّغوي، وكذا إدراك معانيها في العلوم والفنون التي يقترب معنى الاصطلاح فيها من معنى الاصطلاح في مجال البحث، وعليه سأتناول بالبحث في هذا المطلب ثلاثة فروع هي:

الفرع الأوّل: معنى الحكم في اللّغة والاصطلاح.

الفرع الثّاني: معنى القضاء في اللّغة والاصطلاح.

الفرع الثّالث: معنى الحكم القضائيّ في علم القضاء الشّرعيّ.

الفرع الأوّل: معنى الحكم في اللّغة والاصطلاح.

أوّلا: المعنى اللّغوي للحكم.

الحُكم مصدر من فعل "حَكَمَ"، تقول العرب: حَكَمَ يَحكُم حُكما، والاسم الحُكومة والأُحكُومة[1]وجمعه أَحكَام، وحَكَّمَه يُحَكِّمُه تَحكِيمًا إذا جعل الحُكم إليه.

ويرد لفظ "الحكم" بمعان مختلفة مردّها جميعا إلى المنع كما صرّح بذلك أهل اللّغة[2]، ولهذا سُمّي الحاكم حاكما لأنّه يمنع الظّالم عن ظلمه[3]، واشتقت الحكمة منه لأنّها تمنع صاحبها عن أخلاق الرذائل والجهل[4].

أما معانيه الفرعيّة فأهمّها:

المعنى الأوّل: القضاء والفصل بين النّاس، فيكون الحكم مصدر قولنا: حكم بينهم أي قضى.

---

(1) انظر: (ابن منظور) محمّد بن مكرم الإفريقي المصريّ (ت711هـ)، **لسان العرب**، تحقيق المخزومي مهدي والسامرائي إبراهيم، ط1، دار صادر، بيروت، لبنان، ج12ص142؛ (الفيروزآبادي) محمّد بن يعقوب (ت817هـ)، **القاموس المحيط**، ط2، 1399هـ، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج1 ص1415؛ (الرّازي) محمّد بن أبي بكر بن عبد القادر (ت721هـ)، **مختار الصّحاح**، مكتبة لبنان ناشرون، 1415هـ-1995م، ج1 ص62.

(2) انظر: ابن منظور، نفسه؛ (الفيومي) أحمد بن محمّد بن عليّ المقرّي (ت770هـ)، **المصباح المنير**، تحقيق البجاوي عليّ محمّد ومحمّد أبو الفضل إبراهيم، المكتبة العلميّة، بيروت، لبنان، ط2، 1399هـ، ج1 ص145.

(3) قال الأصمعيّ: "أصل الحكومة ردّ الرّجل عن الظّلم"، انظر: ابن منظور، نفسه.

(4) انظر: الفيومي، نفسه؛ (ابن المطرّز) أبو الفتح ناصر الدّين بن عبد السيّد بن عليّ (ت610هـ)، **المغرب في ترتيب المعرب**، تحقيق محمود الفاخوري وعبد الحميد مختار، مكتبة أسامة بن زيد، حلب، سوريا، ط1، 1979م، ج1ص218.

ونقول: احتكموا وتحاكموا محاكمة، أي مخاصمة[1]، ومنه قوله تعالى: (③♦①⑨⌧✃❒↖①⑩← ⭍✡✡✡...)[2]، قال الزّمخشري في تفسيره للآية: "أي بحكم الله تعالى إذ كنت خليفته ولا تتّبع هوى النفس في قضائك وغيره"[3].

المعنى الثّاني: العلم والفقه[4]، وبه فُسّر قوله تعالى: (...❒♦↗♦✃✍♦❹⬀✡□①❍ ✃✍♦←✍⌘ ⊕⑩♦✍)[5]، أي آتاه الله علما وفقها وفهما للأحكام[6]، وبهذا المعنى اشتقت الحكمة من الحكم، بمعنى العلم والبصيرة[7]، قال الرّاغب الأصفهانيّ[8]: "والحُكم أعمّ من الحِكمة فكلّ حِكمة حُكم وليس كلّ حُكم حِكمة"[9]، فليس كلّ حكم مؤسّس على العلم والبصيرة.

---

(1) انظر: ابن منظور، **لسان العرب**، ج12ص142؛ الرّازي، **مختار الصّحاح**، ج1 ص62؛ الفيومي، **المصباح المـنير**، ج1 ص145؛ (القونويّ) قاسم بن عبد الله بن أمير عليّ (ت978هــ)، **أنيس الفقهاء**، تحقيق أحمد بن عبد الرزّاق الكبيسيّ، دار الوفاء، جدّة، السّعوديّة، ط1، 1406هــ، ج1ص232.

(2) **سورة ص**، الآية 26.

(3) جار الله أبو القاسم محمود بن عمر (ت538هــ)، **تفسير الكشّاف عن حقائق التّنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التّأويل**، تحقيق وتعليق محمّد مرسي عامر، دار المصحف، القاهرة، مصر، ط2، 1397هــ-1977م، ج5ص140.

(4) انظر: ابن منظور، **نفسه**، ج12ص140.

(5) **سورة مريم**، الآية12.

(6) انظر: ابن منظور، نفسه، ج12ص141.

(7) انظر: الرّازي، نفسه.

(8) هو الحسين بن المفضّل أبو قاسم الأصفهانيّ أو الأصبهانيّ، المعروف بالرّاغب، أديب من الحكماء العلماء، سكن بغداد واشتهر بعلمه حتّى كان يقرن بالإمام الغزاليّ، من مؤلّفاته "محاضرات الأدباء" و"الذّريعة إلى مكارم الشّريعة" و"الأخلاق" و"جامع التّفسير"، توفّي سنة 502 هجريّة (انظر: (الزّركلي) خير الدّين (ت1976م)، **الأعلام(قاموس التّراجم لأشهر الرّجال والنّساء)**، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط7، 1986م، ج2ص255)

(9) انظر: أبو القاسم الحسين بن محمّد (ت502هــ)، **المفردات في غريب القرآن**، تحقيق محمّد سيّد كيلاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص127.

ثانيا: المعنى الاصطلاحي للحكم.

لّما كان مقصد أهل العلوم المختلفة هو الحسم والبتّ في حقائق علومهم، فقد انكبّ هؤلاء وأولئك على لفظ "الحكم"، واستعمله كلّ منهم بما يناسب تخصّصه[1].

إلاّ أنّني لّما أفردت الحكم القضائيّ بالتّعريف والبيان فقد اكتفيت هنا بالمعنى الاصطلاحي للحكم في غير علم القضاء.

فأمّا أهل المنطق والكلام فقد عرّفوه بأنّه إسناد أمر لآخر إيجابا أو سلبا أو وقوع النّسبة ولا وقوعها[2]، ويتصوّر هذا بإسناد النّسبة بين أمرين أو نفيها، كقولنا: "علم نافع" و"دواء غير نافع"، فالأوّل إسناد إيجابيّ والثاني إسناد سلبيّ.

وقد استقرّ الأصوليون على تعريف الحكم بكونه "خطاب الله تعالى المتعلّق بأفعال المكلّفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع"[3]، وقد سُبق هذا التّعريف بتعريفات لم تسلم من النّقد لكونها غير مانعة، فزيد فيها حتّى استوت على التّعريف المختار[4]، ثمّ عكفوا عليه شرحا وتحليلا، وبيانا وتمثيلا[5].

---

(1) انظر: (التّهانويّ) محمّد علي الفاروقيّ (ت ق12هـ)، **كشّاف اصطلاحات الفنون**، المؤسّسة المصريّة العامّة للتّأليف والتّرجمة والطّباعة والنّشر، 1382هـ-1963م، ج2ص134-144.

(2) انظر: التّهانوي، نفسه، ج2ص134؛ (التّفتازاني) سعد الدّين مسعود بن عمر (ت792هـ)، **التّلويح على التّوضيح**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ج1ص12؛ (الجرجاني) الشّريف عليّ بن محمّد، **كتاب التّعريفات**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط1، 1403هـ-1983م، ص92.

(3) (الأنصاريّ) عبد العليّ محمّد بن نظّام الدّين(ت1180هـ)، **فواتح الرّحموت بشرح مسلم الثّبوت**، بذيل **المستصفى من علم أصول الفقه** للغزالي أبو حامد محمّد بن محمّد بن محمّد(ت505هـ) **وشرح مسلم الثّبوت** لابن عبد الشّكور محبّ الله (ت1119هـ)، المطبعة الأميريّة ببولاق مصر المحميّة، ط1، 1322هـ، ج1ص55؛ (الشّوكاني) محمّد بن عليّ بن محمّد (ت1255هـ)، **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحقّ من علم الأصول**، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص5.

(4) منها تعريفه بأنّه "خطاب الشّرع إذا تعلّق بأفعال المكلّفين" (الغزالي، **المستصفى**...ج1ص55) فإنّ هذا التعريف غير مانع من دخول سائر الخطابات المتعلّقة بأحوال المكلّفين وأفعالهم كقوله تعالى: (❐◆✂✂✍✦ ❁♦■◑♦▤↗✉⇗ ❐◆✌♦) ✍♦➔✍☺⊠■➔❐♌♦) (**سورة الصافّات**، الآية96) وهي ليست أحكاما، ومنها تعريفه بأنّه "خطاب الله القديم المتعلّق بأفعال المكلّفين بالاقتضاء أو التّخيير" (البيضاوي عبد الله بن عمر بن محمّد (ت685هـ)، **المنهاج بشرح الإبهاج** للسّبكي علي بن عبد الكافي (ت756هـ) وولده السّبكي تاج الدّين عبد الوهّاب(ت771هـ)، تحقيق شعبان محمّد إسماعيل، مكتبة الكلّيات الأزهريّة، مصر، ط1، 1401هـ-1981م، ج1ص43) وهو وإن كان لا يُوجّه له النقد السّابق إلاّ أنّه لم يشمل نوعا من الأحكام وهي الأحكام الوضعيّة ككون القرابة سببا للميراث، وحياة الوارث شرطا له، والقتل مانعا منه، وكذا الحكم بالصحّة والفساد.

(5) انظر: السّبكي تاج الدّين، **الإبهاج**...ج1 ص43-50.

فأمّا قولهم: "خطاب الله تعالى" يقصدون به كلامه النفسيّ الأزليّ الّذي أظهره أو أظهر بعضه في القرآن والسنّة والإجماع والقياس ممّا هو معرّف للحكم، والخطاب هو توجيه الكلام للغير لإفهامه، وهو أمر اعتباريّ غير حقيقيّ، فيكون القصد هو أثر الخطاب.

ومعنى "تعلّق الخطاب بفعل المكلّف" أي ارتباطه به على وجه يبيّن صفته من كونه مطلوبا فعله أو تركه، ويندرج تحته أفعال العقول والقلوب كالاعتقادات والنيّات، وكذلك أفعال الجوارح كالصّلاة وغيرها، أمّا المكلّف فهو العاقل البالغ الّذي اجتمعت فيه شروط التّكليف وانتفت عنه موانعه[1].

والمقصود بالاقتضاء الطّلب و"يتناول اقتضاء الوجود واقتضاء العدم أمّا مع جواز التّرك فيدخل في هذا الواجب والمحظور والمندوب والمكروه وإمّا التّخيير وهو الإباحة"[2]، أمّا المقصود بالوضع فهو أن يربط الشّارع بين أمرين ممّا يتعلّق بأفعال المكلّفين، فيجعل أحدهما سببا للآخر أو شرطا له أو مانعا عنه أو عزيمة أو رخصة.

وتنصبّ نظرة الفقهاء في تعريفهم للحكم على صفات الذّوات والأفعال المتعلّق خطاب الشّارع بها كوجوب الصّلاة وحرمة الميتة، وبالتّالي فإنّ مفهوم الحكم عندهم هو أثر الخطاب الشرعيّ[3]، وإنّما اعتمد الفقهاء ذلك لأنّ نظرتهم يغلب عليها الطّابع العمليّ بعيدا عن علم الكلام وتجريده، والمكلّف إنّما يحرص على معرفة صفة الفعل والذّات ليلتزم الواجب ويباشر المشروع وينتهي عن المحظور.

وقد انتهى سعيد فكره[4] إلى أنّ الاختلاف بين الأصوليين والفقهاء في تعريف الحكم لا يؤثّر من النّاحية العمليّة، وأنّ سببه اختلاف زاوية النّظر للحكم "...فعلماء الأصول نظروا إلى الحكم الشّرعيّ على أنّ له مصدرا يصدر عنه وهو الله تعالى فعرّفوه على ضوئه، في حين نظر الفقهاء إلى الحكم الشّرعيّ على أنّ له محلاّ يتعلّق به، وهي الأفعال الّتي تصدر عن المكلّفين، ويكون الحكم الشّرعيّ وصفا شرعيّا لها"[5].

(1) انظر: الزّحيلي وهبه، **أصول الفقه الإسلاميّ**، دارالفكر، ط1، 1406هـ-1986م، ص38-39.

(2) الشّوكاني، **إرشاد الفحول**...ص5.

(3) انظر: التّهانوي، **كشّاف اصطلاح الفنون**، ج2 ص140؛ محمّد الخضري بك، **أصول الفقه**، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، لبنان، ط7، 1405هـ-1985م. ص21.

(4) الأستاذ الدّكتور سعيد فكره، أستاذ التّعليم العالي، وعميد كليّة العلوم الاجتماعيّة والعلوم الإسلاميّة بجامعة الحاج لخضر بباتنة بالجزائر، من مؤلّفاته "الشّرط عند الأصوليين"(رسالة دكتوراه) و"طرق الإثبات"و"مدخل إلى علم السّياسة الشّرعيّة" (الباحث)

(5) **نظريّة الشّرط عند الأصوليين** (رسالة دكتوراه، معهد الشّريعة، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 1997م) ص35.

الفرع الثّاني: معنى القضاء في اللّغة والاصطلاح.

أوّلا: المعنى اللّغويّ للقضاء.

أصل كلمة قضاء هو قضاي، لأنّها من قضيت، إلاّ أنّ الياء لّما جاءت بعد الألف أصبحت همزة[1]، فالقَضَاءُ مصدر من فعل قَضَى يَقْضِي، جمعه أقضية وقضايا، والاسم القضيّة، ومعانيه كلّها دائرة حول الإنهاء والإتمام، وكلّ ما أُحكم عمله أو أُتمّ أو خُتم أو أُدّي أداء أو أُوجب أو أُعلم أو أُنفذ أو أُمضي فقد قُضي[2]، من أهمّ معانيه الفرعيّة في اللّغة:

المعنى الأوّل: الحكم والفصل، يقال: قضى فلان بين النّاس أي حكم، واستُقضي أي جُعل حَكَمًا بين النّاس، وقَاضَيته أي حَاكمتُه[3]، ومنه قوله تعالى: (❒◆•🔔✇•✽✇🗐 ❻◆🖃⓾🖮◻ 🕮❒◆• ✍•➔⬀🖮⬅⑨⬅◻🖽✂☎ ⦸✇•✇ ⦸✇③✸✇⬅■✇...)[4] أي حكم وألزم.

المعنى الثّاني: إنهاء الأمر والفراغ منه، يقال: قضى الأمر أي أنهاه وفرغ منه[5]، ومنه قوله تعالى: (▫•🖬■☺⚪✇ 🔔•✇✽✇🗐 ✌⇖❒✇◻✇ ✂✇❀☞♉◻✍• ❒◆♋◻❻◆ ✇🖫⦸👚◻♎⬀✂⦸🕮✇🕘🖽 ↗◆✂☼♦☯❷ ✌✇♊ ♉◻✇☼✇🖬✇ ✂✇✇◉✇➲❼❒❻✇ ☼♦✇❻✡✂...)[6] أي أنهى الأجل وبلغ منتهاه.

المعنى الثّالث: الأداء، يقال: قضى الأمر وقضى الصّلاة وقضى دينْه أي أدّاه[7]، ومنه قوله تعالى: (▫•🖂⦸❶•✂ 🔔•✇•⑩⬂☞⬅🏱❶ ✂✇✇◉🕚⚪🖬■❑🗐◻■...)[8].

المعنى الرّابع: الإنهاء والإبلاغ، يُقال: قضى إليه الأمر أي أنهاه إليه وأبلغه خبره[9]، ومنه قوله تعالى: (❒◆🔔•✇•⓿⬂✡◻✇✎ ⦸✇◉•⓿⬂❍✇ ❶•🕓◉✇🖮◻ ✂✇❀☞✌⬂❷♦

---

(1) **انظر**: ابن منظور، **لسان العرب**، ج15ص186.

(2) نفسه.

(3) انظر: (الزّمخشري) جار الله أبو القاسم محمود بن عمر(ت538هـ)، **أساس البلاغة**، تحقيق عبد الرّحيم محمود، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص370؛ الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، ج4 ص378؛ الرّازي، **مختار الصّحاح**، ج1 ص226؛ الفيومي، **المصباح المنير**، ج2 ص507.

(4) **سورة الإسراء**، الآية 23

(5) ابن منظور، نفسه؛ الزّمخشريّ، نفسه؛ الرّازي، نفسه.

(6) **سورة القصص**، الآية29.

(7) ابن منظور، نفسه، ج15ص187؛ الزّمخشري، نفسه؛ الفيوميّ، نفسه؛ الرّازي، نفسه.

(8) **سورة النّساء**، الآية 103.

(9) ابن منظور، نفسه؛ الفيومي، نفسه، ج2ص506؛ الفيروزآبادي، نفسه، ج4ص379؛ الرّازي، نفسه.

⪪⬋❑⬀⮌⬂◑♦✌ ⚯⬀✋⬥➔⬥❄⏲⍓♎ ♦❷⧴⬘✃⍓⑩ ·♍❒🕮 ✌⓾⏲⬄⌛⚯⬥⬘✓×♦)[1] أي أنهيناه إليه وأبلغناه ذلك.

المعنى الخامس: الصنع والتّقدير، ومنه قوله تعالى: (⌑⬥◑⬥⚰⬥☸⭇♑⮐☐◑❍ ⍓⍓☺⧆⬈➚⍓ ... ⍓⍓☺⍓⏲❑♦☠✃☠⌨ ×⚯❼ ③♦❑⬀✌♦✓⬀×⬀...)[2].

ثانيا: المعنى الاصطلاحيّ للقضاء. وقد ميّزت نوعين من التّعريفات.

1. تعريف القضاء على اعتبار كونه وظيفة.

وهو ما يغلب في عبارات الفقهاء، فقد ورد في تعريفه قولهم: "هو فصل الخصومات وقطع المنازعات"[3]، وعرّفه المالكيّة بأنّه "الإخبار عن حكم شرعيّ على سبيل الإلزام"[4]، وعرّفه الشّافعيّة[5]والحنفيّة[6] "أنّه فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى"، وعرّفه بعض الحنابلة[7] بقولهم "الإلزام بالحكم الشّرعيّ وفصل الخصومات"، وعرّفه الزيديّة[8] بأنّه "إلزام ذي الولاية بعد التّرافع".

---

(1) سورة الحجر، الآية 66.

(2) سورة فصّلت، الآية12.

(3) (الدّردير) أبو البركات سيدي أحمد (ت1201هـ)، **الشّرح الكبير**، بحاشية شمس الدّين عرفه الدّسوقي، بهامشه تقريرات محمد علّيش، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج4ص129، (ابن عابدين) محمّد أمين (ت1252هـ)، **حاشية ردّ المحتار على الدرّ المختار**، شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب أبي حنيفة النّعمان، دار الفكر، 1399هـ-1979م، ج4ص309.

(4) (الحطّاب) أبو عبد الله محمّد بن محمّد بن عبد الرّحمان المغربيّ (ت954هـ)، **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**، بهامشه التّاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبد الله محمّد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشّهير بالموّاق(ت897هـ)، دار الفكر، ط3، 1412هـ-1992م، ج6ص86؛ (ابن فرحون) برهان الدّين أبو الوفا إبراهيم بن شمس الدّين أبو عبد الله محمّد(ت799هـ)، **تبصرة الحكّام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، تعليق جمال مرعشلي، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط 1422هـ-2001م، ج1ص9.

(5) (الشّربيني) محمّد الخطيب (ت988هـ)، **مغني المحتاج إلى شرح معاني ألفاظ المنهاج**، على متن منهاج الطّالبين لأبي زكريا بن شرف النّووي (ت676هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج4ص372.

(6) (ابن الهمام) كمال الدّين محمّد بن عبد الواحد السيواسي الحنفيّ (ت861هـ)، **شرح فتح القدير**، على الهداية شرح بداية المبتدي لبرهان الدّين عليّ بن أبي بكر المرغيناني(ت593هـ) ومعه شرح العناية على الهداية لأكمل الدّين محمّد بن محمود البابرتي (ت786هـ) وحاشية المحقّق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي حلبي (ت945هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج5ص453.

(7) (البهوتي) منصور بن إدريس (ت1051هـ)، **كشّاف القناع عن متن الإقناع**، راجعه وعلّق عليه هلال مصطفى هلال، دار الفكر، 1402هـ-1982م، ج6ص280.

(8) (المرتضى)أحمد بن يحي (ت840هـ)، **البحر الزخّار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**، يليه كتاب جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجّة البحر الزخّار لمحمّد بن يحي بهران الصّعدي (ت957هـ)، إشراف ومراجعة عبد الله محمّد الصدّيق وعبد الحفيظ سعد عطية، مطبعة السنّة المحمّديّة، ط1، 1368هـ-1949م، ج5ص109.

والمتأمّل في هذه التّعريفات يتبيّن له أنّها متّفقة في المعنى ولوفاق بعضها بعضا في تدقيقه وإجلائه، ويستخلص منها خصائص ثلاث للقضاء هي:

أ- أنّ القضاء فصل للخصومات والمنازعات، وهو دليل على أنّه أصل وظيفة القضاء، وبالتّالي فإنّ الأعمال الأساسيّة للقضاء هي الأعمال القضائيّة البحتة المرتبطة أساسا بالمنازعة والخصومة والتي تصدر في صورة أحكام، أمّا ما علق بالقضاء من أعمال ولائيّة تصدر في صورة أوامر أو أعمال إداريّة تصدر في صورة قرارات فليس من صميم عمل القضاء، وإنّما دعت الضرورة إلى تقلّد القضاة هذه المهام[1].

ب- أنّ القضاء في الشّريعة الإسلاميّة لا يعدو أن يكون إخبارا عن حكم شرعيّ سواء أكان ثابتا بنصّ صريح تكون مهمّة القاضي فيه مجرّد إنزال النصّ على الواقعة لاكتمال متطلّبات النصّ والحكم الثّابت به، أم كان حكما شرعيّا ثابتا باجتهاد صحيح تكون مهمّة القاضي فيه الاهتداء بنصوص الشّريعة وقواعدها لمعرفة حكم الواقعة بقياس أو استحسان أو غيره ممّا هو معلوم من طرق الاجتهاد المعروفة، وعلى هذا فكلّ قضاء يخرج عن كونه إخبارا عن حكم شرعيّ فهو في حكم العدم بناء على قاعدة "المعدوم شرعا كالمعدوم حسّا".

ج- أنّ حكم القضاء ملزم، وفيه تمييز له عن الإفتاء الّذي هو إخبار عن حكم شرعيّ دون إلزام، إذ يفتقد المفتي سلطة الإلزام للمستفتي لأنّه لا يستمدّ ولايته من ولاية الخليفة أو الحاكم أو الإمام على عكس القاضي، إذ هو نائب عن الإمام في الفصل بين النّاس في خصوماتهم.

وفي تعريف الزيديّة زيادة توضيح أنّ القضاء يكون بعد ترافع قبل إصدار الحكم، إلاّ أنّه فيه تحديد أنّ هذا الإلزام يكون من ذي ولاية وهو القاضي، إلاّ أنّ عموم لفظ الولاية الوارد في التّعريف قد ينصرف إلى غير القاضي فيكون التّعريف غير مانع.

2. تعريف القضاء على اعتبار كونه سلطة أو منصبا.

---

(1) اتّسعت مهام القضاة أحيانا حتّى شملت أنواعا منها على مدار التّاريخ الإسلاميّ، واقتصرت أحيانا أخرى على الوظيفة الأساسيّة للقضاء، وهي فصل الخصومات، وليس أدلّ من ظهور ولايتي الحسبة والمظالم في التّاريخ الإسلاميّ وارتباطهما بالقضاء وقيام القضاة بهما معا ضمن ولايتهم في كثير من الأحيان (انظر: (الماوردي) أبو الحسن علي بن محمّد بن حبيب البصريّ (ت450هـ)، **الأحكام السلطانيّة والولايات الدينيّة**، المكتبة التوفيقيّة، القاهرة، مصر، ص156و408؛ (ابن خلدون) عبد الرّحمان بن محمّد الحضرميّ(ت808هـ)، **المقدّمة**، دار الرّائد العربيّ، بيروت، لبنان، ط5، سنة 1402هـ-1982م، ص221-222)

من ذلك تعريف المالكيّة للقضاء "صفة حكميّة توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعيّ ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين"[1].

وهو ذات التّعريف الّذي ذكره الإباضيّة ولكن دون قيد "لا في عموم مصالح المسلمين"[2].

فأمّا عبارة "صفة حكميّة" فلأنّ القضاء يرتبط بشخص القاضي فيكون صفة له بوضع الشّرع لكونه معيّنا للحكم بين النّاس، ودلّت عبارة "توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعيّ" على أنّ صفة القاضي تجعل لصاحبها نفوذ أحكامه الشرعيّة الّتي يخبر عنها حال الفصل في الخصومة، ويسري هذا النّفاذ حتّى بالنّسبة للحكم بتعديل البيّنة أو تجريحها، وفي القيد الّذي أضافه المالكيّة في عبارة "لا في عموم مصالح المسلمين" إخراج ما ليس من وظيفة القاضي، بل هو من وظائف الإمام –الحاكم – ممّا يتعلّق بالإشراف على عموم مصالح المسلمين وتسيير شؤونهم والإشراف على الجيش وصرف أموال بيت المال وغيرها[3].

والمتأمّل في هذا النّوع من التّعريفات يلحظ أنّها تدلّ على نفس المعنى ولو فاق بعضها بعضا في الجمع والمنع، وأهمّ ما يستخلص منها:

أ- أنّ القضاء ولاية شرعيّة، وسلطة قائمة بذاتها، ومنصب معلوم ضمن ولايات الدّولة وسلطاتها ومناصبها.

ب- أنّ القضاء ولاية آتية من الإمام –الحاكم– إذ أنّه من يولّي القضاة للقيام بهذه الوظيفة الشرعيّة، وهم نوّاب عنه في ذلك.

---

(1) الحطّاب، **مواهب الجليل**...ج16ص86؛ (الخرشي) محمّد بن عبد الله(ت1101هــ)، **شرح الخرشي على مختصر خليل**، بهامشه حاشية الشيخ عليّ العدويّ (ت1189هــ)، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج7ص138.

(2) (الثّميني) ضياء الدّين عبد العزيز (ت1223هــ)، **كتاب النّيل وشفاء العليل**، ومعه شرحه لمحمّد بن يوسف أطفيش، مكتبة الإرشاد، جدّة، السّعودية، ط3، 1405هــ-1985م، ج13ص12.

(3) وقد عرّف الشافعيّة القضاء بأنّه "إلزام من له الإلزام بحكم الشّرع" (انظر: (الرّملي) شمس الدّين محمّد بن أحمد بن حمزة (ت1004هــ)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، دار إحياء التّراث العربيّ، بيروت، لبنان، ج8 ص235؛ الشّربيني، **مغني المحتاج**... ج4 ص362)، وعرّفه الإماميّة بأنّه "ولاية شرعيّة على الحكم والمصالح العامّة من قِبل الإمام عليه السّلام" (النّجفي) محمّد حسين (ت1266هــ)، **جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام**، تحقيق محمود القوجاني، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، لبنان، ط7، 1981م، ج40ص9) وقد وضّح التّعريف بأنّ القضاء ولاية شرعيّة أو سلطة مستمدّة من النّصوص الموجبة لها، وعقد التولية الّذي يكون للقاضي من قِبل الإمام، وهذه الولاية تكون على الحكم، بمعنى أنّها تمنح القاضي الحقّ في إصدار الحكم القضائيّ، إلاّ أنّه يؤخذ عليه جعل للقاضي ولاية على المصالح العامّة، وهي مختصّة بالإمام لا بالقاضي، وإن باشر بعضها فقد باشر أعمالا ليست معتبرة في ولاية القضاء، وعرّفه ابن خلدون بأنّه "منصب الفصل بين النّاس في الخصومات حسما للتّداعي وقطعا للتنازع" (**المقدّمة**، ص220).

ج- أنّ هذه الولاية تجعل للمولّى سلطة إصدار الحكم القضائيّ وإنفاذه في كلّ ما تعلّق بالفصل في النّزاعات والخصومات القائمة بما في ذلك ما يحتاجه للفصل من تجريح بيّنة وتعديلها.

الفرع الثّالث: مفهوم الحكم القضائي في فقه القضاء الشّرعيّ.

تعدّ التعريفات الّتي عرّفت القضاء على اعتبار كونه وظيفة أقرب إلى تعريف الحكم القضائي على اعتبار أنّ وظيفة القاضي الأساسيّة في نظر الشّريعة الإسلاميّة هي إصدار الحكم القضائيّ وهو ما نجده واضحا في كثير من التّعريفات الواردة في القضاء حتّى أكاد أجزم أنّ أصحابها حينما كانوا يعرّفون القضاء إنّما يقصدون تعريف الحكم القضائيّ[1].

وقد اخترت من تعريفات الفقهاء ما رأيته أكثر جمعا ومنعا، وهي كثيرة لا يخلو أغلبها من مأخذ[2]، واقتصرت على تعريف لأحد المتقدّمين وتعريف لأحد المعاصرين مع الشّرح والبيان، على أن أخلص إلى تعريف مختار.

أوّلا: تعريف الإمام القرافي[3]. عرّفه بقوله: "إنشاء إطلاق وإلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع فيه النّزاع لمصالح الدنيا"[4]، ويمكن الوقوف على أهمّ المعاني الّتي أثارها على النّحو التّالي:

1. قوله: "إنشاء إطلاق وإلزام" ينطلق من اعتقاده أنّ حكم الحاكم في أعيان المسائل هو إنشاء إذا صادف محلاّ مُجتهدا فيه، كما هو الحال هنا فهو نصّ من الله تعالى وَرَد خاصّ بتلك الواقعة المحكوم فيها[5]، وبناء على

---

(1) من أوضحها تعريف المالكية بقولهم:"الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام" (الحطّاب، **مواهب الجليل**...ج6 ص86؛ ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص9) فإنّ مثل هذا التّعريف يصلح اعتماده لتعريف الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

(2) انظر: أبو البصل عبد النّاصر موسى، **نظريّة الحكم القضائيّ في الشّريعة والقانون**، دار النفائس للنّشر والتّوزيع، الأردن، ط1، 1420هـ-2000م، ص34-35، فقد ذكر أربعة عشر تعريفا وناقشها وبيّن المآخذ الواردة عليها.

(3) هو شهاب الدّين أبو العباس أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرّحمان بن عبد الله بن يلين المصري المالكيّ الصنهاجيّ المشهور بالقرافي، ولد بمصر سنة 626هـ، وتوفي بها سنة 684هـ، فقيه أصوليّ ومفسّر، من مؤلّفاته: شرح التّهذيب، أنوار البروق في أنواع الفروق، الذّخيرة في فقه المالكيّة (انظر: ابن فرحون برهان الدّين أبو الوفا إبراهيم بن شمس الدّين أبو عبد الله محمّد(ت799هـ)، **الدّيباج المذهّب في معرفة أعيان علماء المذهب**، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، لبنان، ص62-67)

(4) **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام**، تحقيق عبد الفتّاح أبو غدّه، مكتبة المطبوعات، حلب، سوريا، ط1، 1387هـ-1967م، ص2.

(5) قال في موضع آخر: "إن الله تعالى لّما جعل للحكّام أن يحكموا في مسائل الاجتهاد بأحد القولين، فإذا حكموا بأحدهما كان ذلك حكما من الله تعالى في تلك الواقعة، وإخبار الحاكم بأنّه حكم فيها، كنصّ من الله عزّ وجلّ ورد خاصّ بتلك الواقعة معارض لدليل المخالف لما حكم به الحاكم في تلك الواقعة" (نفسه، ص65)

هذا فإن حكم القاضي لا يعتبر فقط مظهرا لحكم الشريعة في عين المسألة بل هو منشئ لها، وتبيّن عبارته أنّ الحكم القضائي باعتبار الإلزام نوعان، حكم مطلق كحكم الحاكم بزوال الملك عن أرض زال عنها الإحياء[1]، وحكم ملزم كحكم الحاكم بلزوم نفقة الزوجيّة.

فجعل القرافي الإطلاق مقابلا للإلزام، فإنّ الحكم القضائيّ يكون إلزاما إذا تضمّن طلبا من المحكوم عليه بفعل شيء أو الامتناع عنه، ويكون إطلاقا إذا لم يتضمّن إلزاما، وإنّما إذنا بالفعل أو عدم الفعل، وبما أنّ الحكم بالإطلاق يتضمّن هو ذاته إلزاما، كحكم الحاكم بزوال الملك عن أرض زال عنها الإحياء يتضمن إلزام الشخص الّذي كان مالكا لها بالإحياء بالامتناع عن التّعرض لأيّ شخص يريد إحياء تلك الأرض التي أصبحت مواتا فإنّ القرافي أجاب عن الاعتراض المفترض بأن إفادة الحكم القضائي بالإطلاق إنّما هي بطريق اللّزوم وهي بالمقصد الثّاني لا بالمقصد الأوّل[2].

و لم ترق إجابة القرافي عن الاعتراض المفترض لعبد النّاصر موسى أبو البصل[3]، لأنّ هذا الأخير رأى "أنّ المقصود الأوّل للحكم بزوال الإحياء هو إلزام المالك بعدم الاختصاص، ومن ثمّ يكون الحكم بالإباحة هو المقصود الثاني، وكيف يكون المحكوم عليه في الحكم القضائي متعلّقا بالمقصود الثّاني وفي الرّتبة الثانية وهو طرف في النّزاع"[4].

ووجه الانتقاد هذا في رأيي غير صحيح لأنّ القرافي كما ذكرتُ بَيّن أنّ العبرة بالمقصود الأوّل، وهو الإذن للجميع بإحياء الأرض بما في ذلك المالك نفسه، وإنّما يلتزم الّذي كان مالكا للأرض بالإحياء بعدم التعرّض لغيره إن أراد إحياء الأرض، وهذا لا يظهر إلاّ إن مارس الغير ما خوّلهم حكم الإطلاق من حقّ، فإفادة الإطلاق للإلزام هي بطريق اللزوم، وهي بالمقصود الثّاني كما قال القرافي.

---

(1) المقصود بالإحياء إحياء الأرض الموات، إذ يعتبر سببا من أسباب الملكيّة في الشّريعة الإسلاميّة لقوله ﷺ: **"من أحيا أرضا ميتة فهي له"**. قال التّرمذي: "هذا حديث حسن صحيح" ((التّرمذي) أبو عيسى محمّد بن عيسى بن سورة (ت279هــ)، **السّنن**، كتاب الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، 1994م، ح1377، ج4ص528).

(2) **انظر: الإحكام**... ص3.

(3) هو عبد النّاصر موسى عبد الرّحمان أبو البصل، أستاذ بجامعة الشّارقة، الإمارات العربيّة، المتّحدة، عميد كليّة الشّريعة والدّراسات الإسلاميّة بجامعة اليرموك بالأردن، حاصل على دكتوراه دولة (جامعة الزّيتونة، تونس، 1992، تخصّص فقه وياسة شرعيّة) من مؤلفاته "دراسات في فقه القانون المدنيّ الأردنيّ" (انظر: الموقع الاكتروني www.sharjah.ac.ae/Arabic كليّة الشّريعة والدّراسات الإسلاميّة، جامعة الشّارقة، الإمارات العربيّة، تاريخ: 31-01-2008)

(4) **نظرية الحكم القضائي**...ص41.

ومع هذا فكان يكفي القرافي في تعريفه ذكر الإلزام دون الإطلاق، بما أنّ هذا الأخير يتضمّن معنى الإلزام ولو بالقصد الثّاني، وهذا مجال شرح التّعريف وبيان أنواع المعَرّف، وهو ما فعله بعض الحنفيّة، إذ عرّف الحكم القضائيّ بأنّه "إنشاء التزام في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع فيه النّزاع لمصالح الدّنيا"[1].

2. قوله: "...في مسائل الاجتهاد المتقارب..." وذلك أنّه في غير مسائل الاجتهاد إمّا مخالف للإجماع، فهو حكم باطل لا يعتدّ به، وإمّا موافق له، فهو لا يتضمّن إنشاء، بل يتضمن مجرّد كشف حكم الشّريعة فيما دلّ عليه الإجماع، بل هو عنده محض إخبار وتنفيذ[2].

ويبدو لي أنّه إذا كانت مسايرته في اعتبار أنّ ما خالف الإجماع لا يعدّ حكما قضائيا لأنّه باطل، رغم أنّه يصدر في صورة الحكم فلا يمكن مسايرته فيما وافق الإجماع، لأنّ وظيفة الحكم القضائي أشمل من الإنشاء كما اعتبره هو، بل وظيفته الإخبار عن الحكم الشرعيّ والإلزام بغضّ النّظر عن كونه مجمعا عليه أم مجتهدا فيه، ولهذا عُرّف القضاء بأنّه:"الإلزام بالحكم الشّرعي وفصل الخصومات"[3].

كما أنّ ما يعرضه الخصوم من مسائل ونزاع لا يكون دائما في المسائل الاجتهادية، بل قد يتنازعون فيما فصل فيه النصّ الصّريح من الكتاب والسنّة، أو انعقد عليه الإجماع وهم على جهل به، ووظيفة الحكم القضائيّ في هذه الحالة هو فصل الخصومة والنّزاع ببيان حكم الشّرع في المسألة، وليس من الصّواب أن لا نعتبره حكما قضائيّا لمجرّد أنّ مهمّة القاضي فيه كانت قاصرة على الإخبار دون الإنشاء.

كما أنّ وظيفة القاضي لا تقتصر على مجرّد معرفة حكم الشّريعة الثّابت والإخبار به، لأنّ هذا مجرّد تفقّه وتعليم، بل إنّ جهد القاضي واضح في إنزال النّصوص الثّابتة على الوقائع والتّأكّد من اجتماع الشّروط والقيود في أعيان الحوادث المشمولة بقواطع النّصوص، ولهذا وجدتُ القرافي نفسه يصرّح بأنّ الحاجة إلى اجتهاد القاضي قائمة حتّى في مواضع الإجماع، وذلك في تحرير أسباب المسائل المعروضة عليه ومنع التّهارج في النّاس[4].

---

(1) (ابن قطلوبغا) قاسم (ت879هـ)، **موجبات الأحكام وواقعات الأيّام**، تحقيق محمّد سعود المعيني، مطبعة الإرشاد، بغداد، العراق، 1983م، ص190.

(2) انظر: **الفروق**، بحاشيته إدرار الشّروق على أنواء الفروق لابن الشّاط (ت723هـ)، تحقيق عمر حسن القيّام، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ-2003م، ج4 ص94.

(3) البهوتي، **كشّاف القناع**...ج6 ص280.

(4) قال القرافي: "وإنّما يُحتاج إلى الحاكم في الصّور المجمع عليها إذا كانت تفتقر إلى نظر واجتهاد وتحرير أسباب كفسخ الأنكحة، أو كان تفويضها للنّاس يؤدّي إلى التّهارج والقتال كالحدود والتّعازير" (**الإحكام**...ص5)

بل أنّ القرافي اعتبر الخلاف الضعيف لا يمكن أن يكون أساسا لحكم قضائي، ولهذا قيّد "الاجتهاد" في التّعريف بقيد "المتقارب"، وفسّر مقصده بقوله: "احترازا من الخلاف الذي ضَعُفَ مدركه جدا، فإنّ الحاكم إذا حكم به لا عبرة بحكمه وينقض، فلا بد حينئذ من تقارب المدارك في اعتبار الحكم"[1].

3. قوله: "... فيما يقع فيه النّزاع لمصالح الدنيا" إذ أنّ ما يمكن التعبير عنه بمصالح الآخرة، وهو مجال العبادة لا يشمله الحكم القضائيّ، وفي هذا إخراج لـ"مسائل الاجتهاد في العبادة ونحوها، فإنّ التنازع فيها ليس لمصالح الدنيا، بل لمصالح الآخرة، فلا يدخلها حكم الحاكم أصلا"[2].

ثانيا: تعريف محمّد نعيم ياسين[3]. عرّف الحكم القضائي بأنّه "فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام"[4]، والملاحظ أنّ هذا التّعريف يركّز على جملة من العناصر المهمّة وهي:

1. أنّ الحكم القضائيّ يتضمّن فصلا للخصومة بتطبيق أحكام الشّريعة على الواقعة المعروضة.
2. أنّه يرتبط بخصومة، وهو المعنى الأدقّ والأخصّ له.

---

(1) الإحكام...ص3.

(2) نفسه. وتمشيا مع منهجه فقد اعتبر في فرقه الرّابع والعشرين بعد المائتين بين قاعدة الفتوى وقاعدة الحكم أنّ ما يمكن أن يكون من إخبارات للحاكم في مجال العبادة لا يعدو أن يكون فتيا، يقول: "واعلم أن العبادات كلّها على الإطلاق لا يدخلها الحكم البتّة بل الفتيا فقط، فكل ما وُجد فيها من الإخبارات، فهي فتيا فقط، فليس لحاكم أن يحكم بأن هذه الصلاة صحيحة أو باطلة..." (**الفروق**، ج4 ص94)

(3) هو محمّد نعيم عبد السلام إبراهيم ياسين، أستاذ بكلية الشريعة، الجامعة الأردنية، عمان، أردني الجنسيّة، حاصل على دكتوراه في الشريعة (الفقه المقارن) بالأزهر سنة1972م بعنوان (نظريّة الدّعوى بين الشّريعة الإسلاميّة وقانون المرافعات المدنيّة والتجاريّة) من مؤلّفاته كتاب "الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي" (انظر الموقع الالكتوني: www.ju.edu.jo/shareah)

(4) نظريّة الدّعوى في الشّريعة الإسلاميّة وقانون المرافعات المدنيّة والتجاريّة، مطبعة القوّات المسلحة الأردنيّة، منشورات وزارة الأوقاف، 1973م. ج2 ص203؛ وهو التّعريف الذي ذكره محمّد الزّحيلي (**انظر: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة**– دار الفكر، دمشق، سوريا، ط2، 1423هـ -2002م. ص461)، واعتمده عبد الكريم زيدان (انظر: **نظام القضاء في الشّريعة الإسلاميّة**، مؤسّسة الكتاب الثقافيّة، بيروت، لبنان، ط3، 1410هـ-1990م، ص12-13)، وقريب منه تعريف وهبة الزحيلي، فقد عرّف الحكم القضائي بقوله: "هو فصل الخصومة وحسم النّزاع بقول أو فعل يصدر عن القاضي بطريق الإلزام" (**الفقه الإسلاميّ وأدلّته**، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط1، 1984م، ج6 ص785)، وهو قريب من تعريف محمّد نعيم ياسين إلاّ أنّه لا يتضمّن حكم المحَكّم، وقد عرفته مجلّة الأحكام العدليّة في المادّة 1786 "الحكم هو عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسم إيّاها..." فقد نصّت على أنّ خصوصيّة الحكم القضائيّ و في إنهاء النّزاع، وهو الأثر النّاجم عن إصدار الحكم القضائيّ (انظر: علي حيدر(ت1353 هـ)، **درر الحكّام شرح مجلّة الأحكام**، تعريب فهمي الحسينيّ، دار الجيل، بيروت، لبنان، ط1، 1411هـ-1991م، ج4ص573).

3. أنّه يصدر عن القاضي في صورة قول أو فعل يفهم من قراره بشأن الواقعة المعروضة.

4. أنّه يصدر عن القاضي ومن في حكمه كالمحَكّم.

5. أنّه يكون ملزما وهو ما يميّزه عن الفتوى، كما يخرج بهذا القيد فصل الخصومات بالمصالحة بين المتنازعين لأنّ اتّفاق الخصوم هو مصدر إلزامهم لا حكم القاضي.

وما فعله من عدّ الحكم الفعليّ حكما قضائيّا يضاهي الحكم القوليّ يجد أساسه في أنّ الحكم القضائيّ معنى مستقرّ في نفس القاضي يعبّر عنه بطرق مختلفة، قد تكون بالقول بأن يقول حكمت بكذا أو بالفعل بأن يسجّل حكمه في المسألة ويسلّم نسخته للخصوم أو بالإشارة بأن يشير للخصمين المتنازعين في ملكيّة منقول بيد أحدهما أن يسلّمه للآخر، وقد انتهى عبد النّاصر موسى أبو البصل إلى تعريف الحكم القضائيّ بأنّه "ما يصدر عن القاضي ومن في حكمه، فاصلا في الخصومة، متضمّنا إلزام المحكوم عليه بفعل، أو بالامتناع عن فعل، أو إيقاع عقوبة على مستحقّها أو تقرير معنى في محلّ قابل له"[1].

ويبدو لي أنّ الاختصار في التّعريف يقتضي اعتماد تعريف محمّد نعيم ياسين، وذلك لأنّه قد جمع العناصر الأساسية للحكم القضائيّ كما سبق وأن بيّنت، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ الإلزام الّذي يقصده الفقهاء لا يعني مجرّد إلزام المحكوم عليه بفعل أو الامتناع عن فعل حتى نحتاج إلى زيادة ما لا يندرج تحته لكمال التعريف.

أمّا تعريف القرافي فهو رغم ما يحمله من ثاقب نظر وتحقيق لا يسعفني في بحثي هذا، لأسباب هي:

1. أنّه قصر الحكم القضائيّ على ما يكون فيه إنشاء، إذ أنّه يعدّه نصّا خاصّا من الله تعالى خاصّ بتلك الواقعة، وهو ما أظنّه غير صائب لأنّ القاضي إنّما يجتهد في الإخبار عن الحكم الشرعيّ، ولم يُبعث نبيّا ولا رسولا[2].

---

(1) نظرية الحكم القضائي...ص52-53، ووجه الزّيادة عنده كما هو ملاحظ أنّه فصّل فيما يتضمّنه الإلزام، فجعله شاملا لأنواع ثلاثة وهي الإلزام بالفعل أو بالامتناع عنه، والإلزام بإيقاع العقوبة والإلزام المتضمّن مسائل الثّبوت والإنشاء، كالحكم بثبوت النّسب، ومع هذا فإنّ الزّيادة التي أوردها الأستاذ "أبو البصل" في بيان ما يتضمّنه الإلزام جيّدة لأنّها تزيد معنى الحكم القضائيّ وضوحا في أذهان الدّارسين والباحثين في الموضوع.

(2) وقد علّق عليه شارحه ابن الشّاط بقوله: "لا كلام أشدّ فسادا من كلامه في هذا الفصل، وكيف يكون إنشاء الحاكم الحكم في مواقع الخلاف نصّا خاصّا من قِبل الله تعالى؟ وقد قال النبيّ ﷺ: **"إذا اجتهد أحدكم فأصاب فله أجران، وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر واحد"** وكيف يصحّ الخطأ فيما فيه النصّ من قبل الله تعالى؟ هذا كلام بيّن الخطأ بلا شك فيه" (**إدرار الشروق**... ج4ص97) سيأتي تفصيل ذلك عند الحديث عن أساس حجيّة الحكم القضائي في الشريعة الإسلاميّة. ص139-140 من هذا البحث، الحديث متّفق عليه عن عمرو بن العاص بلفظ: **"إذا حكم الحاكم فاجتهد ثمّ أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثمّ أخطأ فله أجر"** (البخاري أبو عبد الله محمّد بن إسماعيل (ت256هـ)، **صحيح البخاري**، كتاب الاعتصام بالكتاب، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ،

2. أنّ القرافي جعل الحكم القضائيّ إلزاما وإطلاقا، وكان يكفيه ذكر الإلزام دون الإطلاق، بما أنّه يتضمّن معنى الإلزام ولو بالقصد الثّاني.

3. أنّه قصر الحكم القضائيّ على مسائل الاجتهاد، بينما وظيفة القضاء أشمل من ذلك، فإنّ عمل القاضي هو بيان الحكم الشرعيّ في أعيان المسائل والنّزاعات المطروحة أمامه، بغض النّظر عن كونها موضع إجماع أو موضع خلاف واجتهاد، وتعريفات الفقهاء للقضاء على كونه إخبارا بالحكم الشرعيّ أحسن شاهد لذلك.

4. أنّه اعتبر الحكم الصّادر بناء على الخلاف الضّعيف لا عبرة به، بينما حديثي عن الحكم القضائيّ في الفقه الإسلاميّ في البحث يشمل كلّ حكم قضائيّ ولو اعتمد فيه القاضي على رأي ضعيف من أقوال الفقهاء.

ح7187، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، لبنان، ج15، ص257؛ مسلم أبو الحسين بن الحجاج القشيري النيسابوريّ (ت261هـ)، **صحيح مسلم**، كتاب الأقضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، ح1716، تحقيق محمّد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التّراث العربيّ، بيروت، لبنان، ط2، 1972م، ج3، ص1342)

المطلب الثّاني: مفهوم الحكم القضائيّ في القانون الوضعيّ.

للحكم القضائيّ (Le jugement) في القانون الوضعيّ معنى عامّ وآخر خاصّ، كما يُعبّر عن مسمّى الحكم القضائيّ بالشّيء المقضيّ أو الأمر المقضيّ خاصّة عند الحديث عن حجيّته، لذلك فقد قصدت بيان تعريفه العامّ ثمّ الخاصّ ودلالة مصطلح الشّيء المقضيّ أو الأمر المقضيّ عليه، وعليه فقد تعرّضت لهذا المطلب في فروع ثلاثة على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: المعنى العامّ للحكم القضائيّ.

الفرع الثّاني: المعنى الخاصّ للحكم القضائيّ.

الفرع الثّالث: دلالة مصطلح الشّيء المقضيّ (الأمر المقضيّ)على الحكم القضائيّ.

الفرع الأوّل: المعنى العامّ للحكم القضائيّ.

للحكم في القانون الوضعيّ معنى عامّ وهو القرار الصّادر عن سلطة عامّة في الدّولة[1]، وهذا القدر مشترك بين سلطات الدّولة الثّلاث التّشريعيّة والتّنفيذيّة والقضائيّة، وهو بهذا المعنى لا يرتبط بسلطة القضاء ولا يتعلّق بالخصومة القضائيّة، أمّا المعنى العامّ للحكم القضائيّ فيُقصد به "القرارات الصّادرة من المحاكم"[2]، وهذا الإطلاق يشمل ما يكون متعلّقا بخصومة أم لا، فهو يوسّع مجال الحكم القضائيّ ليشمل كلّ القرارات الصّادرة عن الجهات القضائيّة[3]، وبالتّالي فإنّ قرارات الأعمال الولائيّة تعدّ في نظر هذا الاتّجاه أحكاما[4]، كإثبات ما تمّ من صلح أو إقرار في دعوى، أو إدخال خصم فيها.

---

(1) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام في قانون المرافعات**، منشأة المعارف بالإسكندريّة، مصر، ص11.

(2) عبد الحكم فوده، **موسوعة الحكم القضائيّ في المواد المدنيّة والجنائيّة**، منشأة المعارف، الإسكندريّة، مصر، ط 2003، ص2324.

(3) تنصّ المادّة 4/8 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على أنّه "يقصد بالأحكام القضائيّة في هذا القانون الأوامر والأحكام والقرارات القضائيّة".

(4) فهمي محمد حامد، **المرافعات المدنيّة والتّجاريّة**، دار المعارف، الإسكندريّة، مصر، ص608.

الفرع الثّاني: المعنى الخاصّ للحكم القضائيّ.

يُقصد به: القرار الصّادر من محكمة مشكّلة تشكيلا صحيحا، ومختصّة في خصومة رُفعت إليها وفق القواعد الإجرائيّة، سواءً أكان صادرا في موضوع الخصومة أم في شقّ منه أم في مسألة متفرّعة عنه[1].

فالحكم القضائيّ في ضوء هذا التّعريف يشمل ما يصدر في موضوع الخصومة أو في شقّ منه أو في مسألة متفرّعة منه كالقرار الذي يفصل في منازعة معيّنة أثناء سير الخصومة، أو ينهي هذه الخصومة، أو يفصل في مسائل إجرائيّة أو موضوعيّة قبل إنهاء الخصومة فيعدّ حكما قضائيّا، كما أنّ عبارة ما يصدر دليل على أنّ الحكم ينشأ بمجرد النّطق به، وأمّا تحريره وتوقيعه فهو مجرّد دليل إثبات على صدور الحكم بمضمون معيّن.

كما أنّه بهذا المعنى الأخصّ يتميّز:

1- أنّه صادر عن محكمة (هيئة قضائيّة)، فكلّ ما هو صادر عن هيئة غير قضائية لا يعدّ حكما، ولا يعدّ القرار الصّادر عن سلطة عامّة في الدولة حكما إلاّ إذا كانت جهة قضائيّة.

وقد تكون الجهة القضائيّة المصدرة للحكم مدنيّة أو تجاريّة أو إداريّة أو جنائيّة، وقد تكون جهة قضاء استثنائيّة كالقضاء العسكريّ، أو هيئات ذات اختصاص قضائيّ، أو لجان قضائيّة كلجان الطّعون الانتخابيّة[2]، ويعتبر قرار المحكّمين بمثابة حكم لإقرار المشرّع لنظام التّحكيم، فالمحَكَّم قاض في خصوص النّزاع القائم أمامه.

2- أنّه صادر في خصومة، أي بما للمحكمة من سلطة قضائيّة، وبالتّالي فالقرار الصّادر من محكمة بما لها من سلطة ولائيّة لا يُعدّ حكما كإثبات ما تمّ من صلح أو إقرار في دعوى، أو إدخال خصم فيها[3].

وهناك من يقصر الحكم على ما يكون فصلا في الخصومة ذاتها، من ذلك تعريف الحكم القضائيّ بأنّه "القرار الّذي تصدره هيئة قضائيّة في إطار الإجراءات القانونيّة من شأنه أن ينهي الخصومة القائمة بين الأطراف

---

(1) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص34؛ عبد الحكم فوده، **موسوعة الحكم القضائيّ**... ص2324، ويعرّفه مفلح عوّاد القضاة بأنّه "كلّ قرار تصدره المحكمة فاصلا في منازعة معيّنة سواء أكان ذلك خلال الخصومة أو لوضع حدّ لها" (**أصول المحاكمات المدنيّة والتّنظيم القضائيّ**، مكتبة دار الثقافة للنّشر والتّوزيع، عمّان، الأردن، ط3، 1998م، ص303).

(2) انظر: السّنهوري عبد الرّزاق، **الوسيط في شرح القانون المدنيّ الجديد**، منشورات الحلبيّ الحقوقيّة، بيروت، لبنان، ط3، 1998م، ج2 ص649؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**... ص2324.

(3) انظر: أحمد مليجي، **أعمال القضاة**، مكتبة دار النهضة العربيّة، القاهرة، مصر، ط2، ص111.

ويضع حدّ للنّزاع"[1]، وبالتّالي فهو يضيّق من معنى الحكم بحيث يقصره على ما يكون فصلا في الخصومة دون ما يصدر أثناء سير الدّعوى ومتناولا مسألة متفرّعة عن الخصومة[2].

والحقيقة أنّ هذا التّحديد أولى بالأخذ في موضع البحث هذا حتّى يتبيّن نطاق الحجيّة كما سيأتي بيانه بمنطوق الحكم النّهائيّ الفاصل في الخصومة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لأنّ تحديد الحكم القضائيّ في القانون الوضعيّ بما يكون فصلا في الخصومة يناسب ما سبق ذكره من تعريف الحكم القضائيّ في الفقه الإسلاميّ بأنّه "ما يصدر عن القاضي فاصلا في الخصومة".

وتجدر الملاحظة أخيرا إلى أنّ التّعبير بالحكم عمّا يصدر من المحاكم الابتدائيّة وبالقرار عمّا يصدر من المجالس أو المحكمة العليا أو مجلس الدّولة لا يعدو أن يكون مسألة اصطلاح[3]، وفي المقابل فإنّ القانون التّونسيّ يُطلق مصطلح الحكم على ما تصدره المحاكم الابتدائيّة والاستئنافيّة، بينما يطلق مصطلح قرار على ما تصدره محكمة التعقيب، ويطلق القانون الفرنسيّ لفظ (jugement) على أحكام محكمة الدّرجة الأولى، ومصطلح (arrêt) على أحكام محكمة الدّرجة الثّانية ومحكمة النّقض، ومصطلح (ordonnance) على أحكام قاضي الأمور الاستعجاليّة والعمل الولائيّ، ومصطلح (sentence) على أحكام التّحكيم.

الفرع الثّالث: دلالة مصطلح الشّيء المقضيّ (الأمر المقضيّ)على الحكم القضائيّ.

يُعبّر في الغالب عن الحكم القضائيّ في القانون الوضعيّ بصدد الحديث عن الحجيّة بعبارة "الأمر المقضيّ" و"الشّيء المقضيّ" مجاراة للعبارة في اللّغة الفرنسيّة (chose jugée)[4].

والأمر في اللّغة ضدّ النّهي، ويأتي بمعنى الحادثة[5]، وبمعنى الحال جمعه أمور[1]، ومنه قوله تعالى: (⌨⑨⑩&⅄♦❷&📪 ♋♍⬀❑♦⬉⬀❷&▫ ↓❺⬀👎❒🕮 ✏👓♦👌◆❒)[2] أي ما حاله

(1) بكوش يحي، **الأحكام القضائيّة وصياغتها الفنيّة**، المؤسّسة الوطنيّة للكتاب، الجزائر، 1984م، ص9.

(2) انظر: فهمي محمد حامد، **المرافعات المدنيّة والتّجاريّة**، ص608.

(3) انظر: مولاي ملياني بغدادي، **الإجراءات الجزائيّة في التّشريع الجزائريّ**، المؤسّسة الوطنيّة للكتاب، الجزائر، ص383.

(4) وقد يكتفى بعبارة الحكم القضائيّ فيُقال "حجيّة الحكم القضائيّ " (autorité du jugement) كما استعملته ناتالي فريسيرو (Natalie FRICERO) انظر:

Natalie FRICERO, **Autorité du jugement,** in DROIT ET PRATIQUE DE LA PROCEDURE CIVILE, ouvrage collectif sous la direction de Serge GUINCHARD, Dalloz action, éd.. DELTA, LIBAN 1998, p.909.

(5) انظر: الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، ج1ص365.

بسديد، وهو ذات الطّلب، ويُطلق على ذات الشّيء المطلوب بتحويل المفعول إلى فاعل على نسق "عيشة راضية" أي "عيشة مرضيّة"[3].

والمقضيّ اسم مفعول من قضى، وهو ما حُكم به وأُتمّ وأُدّي وأُنفذ وأُمضي وأُوجب وأُعلم[4]، فيكون معنى الأمر المقضيّ في اللّغة هو المطلوب المحكوم فيه، أو الحادثة والحال المحكوم فيها، وهذا المعنى اللّغويّ هو المقصود في عبارة الفقه القانونيّ "الأمر المقضيّ" أي المطلوب المحكوم فيه، لأنّ القاضي إنّما يبحث طلبات الخصوم، كما يصحّ على معنى الحادثة والحال المحكوم فيها لأنّ القاضي يبحث الوقائع والحوادث كالجرائم والتّصرّفات والأحوال كالسّفه والإفلاس وهو معنى الشّيء المقضيّ فيه.

ويكون لعبارة "الشّيء المقضيّ" نفس المعنى، لأنّه إنّما ينطبق على طلبات الخصوم والوقائع المعروضة.

ويبدو لي أنّ التّعبير عن الحكم القضائيّ الّذي هو قرار القاضي الفاصل في النّزاع بالأمر المقضيّ أو الشّيء المقضيّ فيه بعض التجوّز، لأنّ الأمر المقضيّ هو موضوع الحكم وليس ذات الحكم، ذلك أنّ القاضي حين يفصل في النّزاع إنّما يفصل في طلبات الخصوم والوقائع المعروضة أمامه، وما يوصف به الحكم من أوصاف كحيازته للحجيّة إنّما يُضاف إلى ذات الفصل لا إلى ما فصل فيه.

---

(1) انظر: الفيومي، **المصباح المنير**، ج1ص21.

(2) **سورة هود**، الآية 97.

(3) انظر: الفيومي، نفسه.

(4) انظر: ابن منظور، **لسان العرب**، ج15ص186.

خلاصة مقارنة

في خاتمة المبحث المتعلّق بمفهوم الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ يمكن تسجيل التّقارب الشّديد بين المفهومين وإن اختلفت الألفاظ في تعريف الحكم القضائيّ بينهما، ومع ذلك فإنّه لا يخلو الأمر من بعض الملاحظات المهمّة والّتي يمكن إيجازها فيما يلي:

1. انصبّ تعريف فقهاء الإسلام للحكم القضائيّ على معناه الأخصّ المتعلّق بالفصل في المنازعات من طرف القاضي المعيّن لذلك، بل إنّ المنازعة تبدو في تعريفات الفقهاء للقضاء والحكم القضائيّ صلب النّشاط القضائيّ، وبها يتميّز عن غيره من الأنشطة الّتي يمارسها القضاة أو غيرهم من أصحاب الولايات.

بينما جعل القانون الوضعيّ للحكم القضائيّ معنى عامّا ومعنى خاصّا، فأمّا الأوّل فيشمل كلّ القرارات الصّادرة عن الجهة القضائيّة بما فيها قرارات الأعمال الولائيّة[1]، وأمّا المعنى الخاصّ فيشمل القرار الصّادر من القاضي في الخصومة وفق القواعد الإجرائيّة.

وتلك مزيّة لفقه الشّريعة في تحديدهم لمعنى الحكم القضائيّ بدقّة تمنع من إطلاقه على غيره ولو اشترك معه في الجهة المصدرة له وفي إلزامه.

2. إنّ مفهوم الحكم القضائيّ في فقه الشّريعة الإسلاميّة يخصّ الحكم الموضوعيّ دون الإجرائيّ[2]، وهو ما يفهم من عبارات الفقهاء المتضافرة وارتباطها الوثيق بالفصل في الخصومة، من ذلك أنّ تعريف القرافي قَصر الحكم القضائيّ على ما يكون فيه إلزام بحقّ أو إطلاق وإذن بفعل معيّن، وكلا هذين النّوعين يرتبط بالفصل في محلّ النّزاع وإجابة طلبات الخصوم قبولا أو رفضا.

كما يمكن التّأكّد من ذلك بالنّظر إلى ما ذكره بعض الفقهاء في تعدادهم لجملة من القرارات الإجرائيّة في الخصومة والّتي لم يعدّوها أحكاما، من ذلك ما ذكره ابن فرحون[3] المالكيّ والطّرابلسيّ الحنفيّ، فقد عدّا

---

(1) المقصود بالأعمال الولائيّة للسّلطة القضائيّة الأعمال الّتي يمارسها القاضي باعتباره حاكما أو واليا لأمور النّاس، كالتّوثيق والتصديق على إقرارات طرفي الخصومة والإذن والأمر كالإذن للقاصر بالتّجارة والرّقابة والضّبط كمراقبة الأوصياء على ناقصي الأهليّة في تصرفاتهم في أموالهم (انظر: أحمد مليجي، **تحديد نطاق الولاية القضائيّة والاختصاص القضائيّ**، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، مصر، ص120؛ أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**... ص46).

(2) سأعود لهذه المسألة بشكل مُسهب عند الحديث عن مفهوم الحكم القضائيّ الفاصل في الموضوع في الشّريعة الإسلاميّة ص 287-289 من هذا البحث.

(3) هو إبراهيم بن عليّ بن أبي القاسم محمّد اليعمريّ المدنيّ المالكيّ، ولد بالمدينة سنة 719هـ، كان فقيها مجتهدا، ولي القضاء بها، من تصانيفه: نبذة الغوّاص في محاضرات الخواصّ، الديباج المذهّب في أعيان المذهب، توفي 799هـ (انظر: ابن العماد الحنبليّ أبو الفلاح عبد الحيّ (ت1089هـ)، **شذرات الذّهب في أخبار من ذهب**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ج6ص357).

أنواعا من التصرّفات ليست أحكاما قضائيّة، وذكرا منها إثبات الصّفات في الذّوات نحو ثبوت العدالة أو الجرح في الشّهود، وإثبات أسباب المطالبات كإثبات مقدار قيمة المتلف في المتلفات، وإثبات الحجج الموجبة لثبوت الأسباب الموجبة للاستحقاق كثبوت الإقرار من الخصوم، وكذلك تصرّفات الحكّام بتعاطي أسباب الاستخلاص ووصول الحقوق إلى مستحقّها كالحبس وقبول الكفيل، والتصرّفات في أنواع الحجج كرفض سماع البيّنة لأنّ صاحبها أقسم قبل ذلك[1]، فإنّ ما سبق ذكره يمكن عدّه قرارات إجرائيّة يتّخذها القاضي في سبيل الوصول إلى فضّ النّزاع ولا تعتبر أحكاما قضائيّة في فقه الشّريعة.

وخلافا لذلك فإنّ القانون الوضعيّ في تحديده للإطلاق الخاصّ يعتبر أنّ الحكم القضائيّ كما ينطبق على القرار الّذي يفصل في موضوع الخصومة ينطبق على القرار الّذي يفصل في المسألة الإجرائيّة كمسألة الاختصاص، إذ أنّ الحكم القضائيّ يشمل كلّ ما يصدر من قرار في موضوع الخصومة أو شقّ منها أو مسألة متفرّعة عنها.

وتلك مزية أخرى لفقه الشّريعة في قصره لمسمّى الحكم القضائيّ على ما كان فاصلا في الموضوع دون الإجرائيّ، لأنّ هذا الأخير لا يعدو أن يكون وسيلة أو مرحلة لبلوغ الحكم الفاصل في الموضوع، إذ هو لبّ الخصومة القضائيّة ومحور النّزاع.

3. أنّ الحكم القضائيّ يشمل في فقه الشّريعة ما يصدر من قول أو فعل عن القاضي يدلّ على فصل في الخصومة على اعتبار أنّه أمر نفسيّ قائم بنفس القاضي، ولهذا فيمكن التّعبير عنه بالقول كحكمت بكذا أو بالفعل كالكتابة أو الإشارة كأن يشير لأحد الخصمين أن يسلّم المنقول المتنازع عليه والّذي في يده للآخر فيكون قد حكم له به.

خلافا للحكم القضائيّ في القانون الوضعيّ والّذي لا ينطبق إلاّ على القول أو الفعل المتمثّل في الكتابة الّتي يكون موضعها منطوق الحكم، بناء على اشتراط القانون تلاوة الحكم القضائيّ في جلسة علنيّة وكذا تحريره وفق نموذج محدّد سلفا وإلاّ عدّ باطلا[2].

---

(1) ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص80-81؛ (الطّرابلسيّ) علاء الدّين عليّ بن خليل، **معين الحكّام فيم يتردّد بين الخصمين من الأحكام**، ويليه **لسان الحكّام في معرفة الأحكام** لـ(ابن الشّحنة) أبي الوليد إبراهيم محمّد بن أبي الفضل، دار الفكر للطّباعة والنّشر والتّوزيع، ص 38-40.

(2) انظر: بكوش يحي، **الأحكام القضائيّة وصياغتها الفنيّة**، ص9؛ أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص330؛ فتحي والي، **الوسيط في قانون القضاء المدنيّ**، 1980م، ص696.

وقد نصّت المادّة 38 من قانون الإجراءات المدنيّة الجزائريّ على ضرورة تحرير الحكم بما يتضمّنه من تصدير وأسماء وصفات الأطراف وبيان موجز بأسانيدهم مع إيراد التّعليل وتأريخ الحكم وتوقيعه من طرف القاضي وكاتب الضّبط مع تقييده في سجل خاصّ لذلك.

وما ذكره فقهاء الشّريعة رغم صحّته من النّاحية النّظريّة إلاّ أنّه قد يثير غموضا في تحديد المقصود من الحكم القضائيّ وما يتضمّنه من فصل في النّزاع ومقدار ما فُصل فيه، ولهذا كان تحديد طرق التّعبير عن الحكم القضائيّ بوسائل التّعبير الصّريحة أوضح وأنفى للشكّ وأبعد عن احتمال التّنازع من جديد في حدود ما قُضي به أمام نفس القاضي بدعوى تفسيريّة أو أمام غيره بإعادة طرح النّزاع في الموضوع لعدم دقّة ما تضمّنته الإشارة من فصل في الموضوع، بل إنّ تقييد القاضي بتلاوة الحكم وتسجيله مصلحة شرعيّة تغدو في مرتبة الضّرورة في مجال الاحتجاج بالأحكام، خاصّة مع تعقّد الحياة والاستغناء بالتّوثيق عن الشّهود وضرورة كون الأحكام القضائيّة مدوّنة للتمكّن من تنفيذها كما سيأتي بيانه في شروط صحّة الحكم القضائيّ.

الفصل الأوّل

مفهوم حجّية الحكم القضائيّ ونشأتها وتمييزها عن الأنظمة المشابهة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

إنّ الحديث عن مفهوم ونشأة حجيّة الحكم القضائيّ وتمييزها عن الأنظمة المشابهة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ في مستهلّ هذه الدّراسة ممّا لا غنى عنه، إذ أنّ الحكم على الشّيء فرع عن تصوّره.

وقد قدّمت ببيان مفهوم حجيّة الحكم القضائيّ في كلّ من النّظامين لأنّه موضوع البحث وموصوف المباحث، ولأنّ الحكم على الشّيء فرع عن تصوّره وإدراك حقيقته، ولأنّ بيان معناه هو الحجر الأساس في البحث والمدخل الطبيعيّ لباقي مباحثه.

ولّما كان التّعرض لنشأة الحجيّة في كلّ من الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ ممّا يعين في فهمها ويمهّد أيّما تمهيد لبسط معناها فقد أتبعته بالحديث عن نشأتها.

ثمّ أعقبت بتمييز حجيّة الحكم القضائيّ عن الأنظمة المشابهة، والّتي تُعتبر لصيقة بموضوع الحكم القضائيّ.

فاستقرّ هذا الفصل في مبحثين هما:

المبحث الأوّل: مفهوم حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المبحث الثّاني: نشأة حجيّة الحكم القضائيّ وتمييزها عن الأنظمة المشابهة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المبحث الأوّل: مفهوم حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يعتبر الحديث عن مفهوم حجيّة الحكم القضائيّ المدخل الطّبيعيّ لموضوع البحث، وينصرف اهتمامي في هذا المبحث أساسا إلى بيان وجوده في الشّريعة الإسلاميّة، ذلك أنّ مصطلح "الحجيّة" إنّما ظهر واستقرّ في القانون الوضعيّ، ولهذا لا مجال للعثور على هذا المصطلح عند المتقدّمين من فقهاء الإسلام، وإنّما استعمله الباحثون المعاصرون في فقه القضاء الشّرعيّ محاكاة لفقهاء القانون الوضعيّ، فاستعملوا عباراتهم في بيان معناه، وسلكوا مسلكهم في بيان مضمونه ومفاعيله.

ولا يعني هذا البتّة أنّ معناها غريب عن نصوص الشّريعة وفقهها، بل إنّ فقهاءها قد صاغوا من القواعد في الفقه ومقاصدها ما ينبئ عن وجودها واستقرارها في التّنظير والتّطبيق.

ثمّ إنّ تعريف القانون الوضعيّ للحجيّة تأثّر باختلاف فقهائه حول طبيعتها، بحيث لا يصعب على الباحث أن يلاحظ اتّجاهين أساسيين في تحديد مفهومها تبعا لتحديد طبيعتها.

ورغم ما بُذل في محاولة تعريفها، فقد ظلّت الحجيّة متعسّرة على طالبيها، متمانعة على مريديها، بحيث لا تغادر محاولات تعريفها تدندن حول كنهها فلا تبلغها، تحجزهم عنها بترديد آثارها واجترار الحديث عن طبيعتها.

وعليه فقد تناولت المبحث في مطلبين على النّحو التّالي:

المطلب الأوّل: مفهوم حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

المطلب الثّاني: مفهوم حجيّة الحكم القضائيّ في القانون الوضعيّ.

المطلب الأوّل: مفهوم حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

ليس في كتب المتقدّمين من الفقهاء ذكر لمصطلح الحجيّة رغم أنّ المعنى مستقرّ في فقه الشّريعة، ولهذا فإنّ الحديث عن حجيّة الحكم القضائيّ يقتضي تتبّع نصوصهم وعباراتهم في علم القضاء عموما والمرافعات خصوصا، لأجل ذلك كان التّعرّض لمفهوم الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة يقتضي قطعا البحث في أظهر تجليات هذا المفهوم في قاعدتي "حمل الأحكام القضائيّة على الصّحة في الظّاهر" و"عدم نقض الأحكام القضائيّة".

ولهذا سأحاول عرض عبارات الفقهاء في هاتين القاعدتين قاصدا تتبّع المعنى المذكور حتّى يثبت بما لا يدع مجالا للشكّ أنّ فكرة الحجيّة موجودة في الفقه الإسلامي، وأنّ معالمها مرتسمة قبل أن تَرتسم في أفكار وكتابات المشتغلين بالفقه الوضعيّ، رغم ما بين النّظريتين الإسلاميّة والوضعيّة من بعض التّباين في بعض التّفاصيل، وليس هذا التتبّع من قبيل التأكّد من اعتبار الحجيّة في الفقه الإسلاميّ وتوافقها في الكثير مع القانون الوضعي فقط –وهو كثير كما سأبيّنه إن شاء الله في موضعه– ولكن قصدت من ذلك تأكيد وجود عناصرها ومكوّناتها النّظرية المتمثّلة في اعتبار الحكم الصّادر صحيحا، وعدم جواز المساس به أو المنازعة فيما قضى به، وقد قدّمت ببيان معنى الحجيّة في اللّغة واصطلاح الفقه الشّرعيّ المعاصر على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: معنى الحجيّة في اللّغة واصطلاح الفقه الشّرعيّ المعاصر.

الفرع الثّاني: قاعدة "الظّاهر من أحكام القضاء الصحّة" ودلالتها على الحجيّة.

الفرع الثّالث: قاعدة "عدم النّقض" ودلالتها على الحجيّة.

الفرع الأوّل: معنى الحجيّة في اللّغة واصطلاح الفقه الشّرعيّ المعاصر.

أوّلا: معنى الحجيّة في اللّغة. الحجّة في اللّغة هي الدّليل والبرهان[1]، وسُمّيت كذلك لأنّها تُقصد، من حجّ الشّيء يحجّه حجّا أي قصده[2]، ويقال: حجّه، يحجّه حجّا: غلبه على حجّته. واحتجّ بالشّيء اتّخذه حُجّة[3]، أمّا المُحاجّة والحِجاج والتَّحاجّ فهي قريبة المعنى تدلّ على المجادلة والتّخاصم[4].

---

(1) انظر: ابن منظور، **لسان العرب**، ج2 ص 288؛ الرّازي، **مختار الصّحاح**، ج2 ص 52؛ الفيومي، **المصباح المنير**، ج1 ص 121؛ الجرجاني، **التّعريفات**، ج1 ص 112.

(2) انظر: ابن منظور. نفسه، ج2 ص 226 و 228؛ (الفراهيدي) أبو عبد الرّحمن الخليل بن أحمد (ت 175 هـ)، **كتاب العين**، تحقيق: مهدي المخزوميّ وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال ، ط1، 1402هـ، ج3 ص9؛ الفيومي، نفسه.

(3) انظر: ابن منظور، نفسه، ج2 ص 228؛ الفيوميّ، نفسه.

(4) انظر: ابن منظور، نفسه؛ الرّازي، نفسه.

وقد أشار بعضهم إلى فرق دقيق بين الحجّة والبرهان، فاعتبر الحجّة وجه البرهان، أي الوجه الذي يُدفع به الخصم، وتكون به الغلبة عند الخصومة[1]، فهي كيفيّة دلالة البرهان على صحّة الادّعاء، فتكون الحجيّة بناءً على ما تقدّم صفة الادّعاء الّذي يسنده الدّليل والبرهان.

ولم أعثر فيما بحثت فيه من مراجع اللّغة مرجعا واحدا ذكر لفظ الحجيّة، والظّاهر أنّه لفظ نحته المتأخّرون للدّلالة على ما ذكرت من معنى، ويُستعمل لفظ حجّية مضافا إلى غيره للدّلالة على صفة الثّبات والصّدق فيه وكونه دليلا معتبرا كقول الأصوليّين "حجيّة السنّة" نظرا لما تقرّر من أدلتها العقليّة والنقليّة.

ويعبّر عن معنى لفظ الحجيّة في اللّغة الفرنسيّة بلفظ (autorité) ويستعمل للدّلالة على أحد معنيين[2]:

1. السّلطة: ذات معنى السّلطة أو الجهة الممارسة لها.
2. التّأثير والقدرة على التّوجيه: ويكون بمعنى القدرة على التّأثير (influence) وحقّ التّوجيه وفرض الإرادة (droit de commander , droit d imposer sa volonté)[3]

وهذه المعاني هي التي أهّلت هذا اللّفظ لاستعماله في الدّلالة على حجيّة الأمر المقضيّ (autorité de la chose jugée) لما للحكم القضائي فيه من سلطة وتأثير وفرض إرادة[4].

ثانيا: معنى حجيّة الحكم القضائيّ في الفقه الشّرعيّ المعاصر.

يعرّف بعض الباحثين المعاصرين حجيّة الحكم القضائيّ في الفقه الإسلاميّ بأنّها حمل الأحكام القضائيّة على الصّحة، واستحقاقها التّنفيذ، وامتناع إعادة النّظر فيها ونقضها أو تأجيل تنفيذها[5].

فالحجيّة بهذا المعنى تعني افتراض إصابة الحكم القضائيّ للصّواب، وهو افتراض راجح يؤيّده توافر الشّروط الواجبة في القاضي وسلوكه منهج الشّريعة في الدّعوى، ويترتّب عن ذلك استحقاق الحكم القضائيّ

---

(1) انظر: ابن منظور، **لسان العرب**، ج2 ص 228.

(2) **LE GRAND DECTIONNAIRE ENCYCLOPEDIQUE DU SIECLE**, éd. Philippe AUZOU, Paris, 2001, p.116.

(3) Gérard CORNU, **VOCABULAIRE JURIDIQUE**, Delta, Beyrouth, Presses Universitaires de France, Paris, 5ème éd., janvier 1996, p. 85.

(4) استعمل بعض الباحثين هذه الألفاظ للدلالة على الحجيّة من ذلك:
DASTARAC, **Effet de la chose jugée en matière d'état des personnes,** thèse, Toulouse,1895; Baraveau-rené, **De l'influence de la chose jugée sur l'action publique**, thèse, 1898.

(5) انظر : محمّد نعيم ياسين، **حجيّة الحكم القضائيّ بين الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ** (مقال منشور بمجلّة الحقوق، كليّة الحقوق بالكويت، العدد3، السّنة السّادسة، 1402هـ-1982م) ص134؛ عبد الحسيب سند عطية، **حجيّة الحكم الجنائيّ في الفقه الإسلاميّ والقانون الوضعيّ** (رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، كليّة الشّريعة والقانون، القاهرة، مصر، 1998م) ص13.

للتّنفيذ، وامتناع إعادة النّظر فيه ونقضه، أو هو بتعبير آخر فإنّ الحكم القضائيّ يغدو قرينة على الصّواب فيما قضى به[1].

"وبناء على هذا الظّاهر لا يُلبّى طلب أحد بإعادة النّظر في القضيّة، ولا بتأجيل تنفيذ الحكم أو نقضه إذا كان هذا الطّلب مبنيّا على مجرّد احتمال، ولو لم يقترن بدليل مقبول يقتضي فائدة جديدة من الإعادة"[2].

فالحجيّة في حقيقتها صفة تلحق بالحكم القضائيّ بقدر وفائه لمنهج الشّرع في الجهة المصدرة للحكم وكيفيّة إصداره ومضمونه، ومتى توفّرت للحكم استحقّ النفاذ، وامتنع نقضه أو تأجيل تنفيذه على اعتبار أنّه محمول على الصّحة في الظّاهر.

وبعيدا عن الشّروط الواجبة للحكم حتّى يحوز الحجيّة وهو موضوع الباب الثّاني من هذا البحث، فإنّ حجيّة الحكم القضائيّ في ضوء الفقه الإسلاميّ تظهر كصفة للحكم القضائيّ تقتضي حمله على الصّحة ممّا يستوجب تنفيذه، وامتناع إعادة النّظر فيه بالنّقض والإبطال.

ولّما كانت إصابة الحكم القضائيّ للصّواب هو مجرّد احتمال راجح، فإنّه متى قام الدّليل على عدم صحّته فقد انتفت عنه الحجيّة وامتنع تنفيذه ووجب نقضه سواء أكان ذلك بسبب الخطأ في استنباط الحكم من مصادره الشّرعيّة أم في تقدير الأدلّة والحجج وإعمال قواعد المرافعات الشّرعيّة، لأجل ذلك كان التعرّض لحجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة يقتضي قطعا البحث في أظهر تجليات هذا المفهوم في قاعدتي "الظّاهر من أحكام القضاء الصحّة" و"عدم جواز نقض الأحكام القضائيّة الصّادرة وفق الشّروط الشّرعيّة".

الفرع الثّاني: قاعدة "الظّاهر من أحكام القضاء الصّحة" ودلالتها على الحجيّة.

أوّلا: مفهوم قاعدة "الظّاهر من أحكام القضاء الصّحة" في الشّريعة الإسلاميّة.

يتردّد في عبارات الفقهاء قولهم "الظّاهر من أحكام القاضي نفوذها على الصحّة"[3].

---

(1) ويعرّفها المشتغلون بعلم الشّريعة بأنّها "كلّ أمارة تقارن شيئا خفيّا فتدلّ عليه" انظر: الزّرقا مصطفى، **المدخل الفقهيّ العامّ**، مكتبة الخليفة، ط3، 1379هـ –1952م، ج1ص614، وقد عرّفتها مجلة الأحكام العدليّة بأنّها "الأمارة البالغة حدّ اليقين" (انظر: حيدر عليّ، **درر الحكّام**... ج4ص484).

(2) عبد الحسيب سند عطية، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص13.

(3) (الماوردي) أبو الحسن علي بن محمّد بن حبيب البصريّ (ت450هـ)، **الحاوي الكبير**، تحقيق محمود مطرجي، دار الفكر، بيروت، ط1414هـ- 1994م، ج20 ص242؛ (ابن قدامة) موفّق الدّين أبو محمّد عبد الله بن أحمد بن محمود (ت630هـ)، **المغني** على مختصر أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي (ت334هـ) ومعه الشّرح الكبير على متن المقنع لشمس الدّين أبي الفرج عبد الرّحمن بن أبي عمر بن أحمد بن قدامة المقدسيّ، دار إحياء التراث العربيّ، بيروت، لبنان، ط1، 1377هـ-1958م، ج11

ومعنى الظّاهر هنا هو الاحتمال الرّاجح الّذي تلزم الصيرورة إليه بشكل قطعيّ ما لم يثبت خلافه[1]، وذلك أنّ الأصل في الشّريعة الإسلاميّة أن لا يُولّى القضاء إلاّ من هو أهل للولاية مستوف للشّروط، فكان الظّاهر من أحكامه صحّتها، وموافقتها للحقّ.

ولّما كان عمل القاضي لا يقتصر على مجرّد استنتاج الحكم الشرعيّ المستمدّ من المصادر الشرعيّة، بل يمتدّ إلى محاولة الإحاطة بالوقائع التي يدّعيها أطراف الخصومة، واتّباع منهج الشّريعة في نصب ما يثبتون به ادّعاءاتهم، فإنّ الحاصل من ذلك أنّ عمل القاضي يستوعب معرفة الحكم الشرعيّ وتطبيقه على عين الخصومة المعروضة.

ولعلّه لا يخفى على ذي بصيرة أنّ مثل هذا العمل مهما أوتي صاحبه من التبصّر في علوم الشّريعة، ومعرفة واقع النّاس، والقدرة على استخلاص الوقائع من الخصوم والشّهود وطرق الإثبات الأخرى، عمل يكتنفه العسر، ويتهدّده القصور والخطأ.

فكان لزاما أن تُحمل أعمال القاضي فيه على الصحّة، تغليبا لاحتمال الصّواب، وهو تغليب له ما يشهد له ويسنده، فإنّ اجتماع شروط القضاء في القاضي، وكذا سلوكه القواعد الشّرعيّة في الإجراءات، والحكم بحكم الشّريعة في عين المسألة وما يظنّه حقّا لو كان مجتهدا فيها يُعدّ دليلا على صحّة ما حَكم به.

وتعبير الفقهاء بالظّاهر يقتضي أن يُصار إليه، وتنفذ أحكامه واعتباره حكم الشّريعة في القضيّة المعروضة إلى أن يقوم الدّليل على عكسه، والتعبير بالنّفاذ معناه أنّ الحكم حُجّة فيما حكم فيه، بأن يتمسّك المحكوم له بالحكم وينفّذه على المحكوم عليه جبرا أو اختيارا.

ص407؛ النّجفي، **جواهر الكلام**...ج4ص103، وعبارة ابن فرحون في ذلك "يُحمل القضاء على الصحّة ما لم يثبت الجور" (**التّبصرة**، ج1 ص74) أمّا عبارة ابن أبي الدّم فهي "لأنّ الظّاهر من أحكامه الصحّة" شهاب الدّين إبراهيم بن عبد الله (ت642هـ)، **أدب القضاء**، تحقيق محمّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلميّة ، بيروت، لبنان، ط1، 1407هـ-1987م، ص77.

(1) يعرّف الأصوليون الظّاهر بأنّه "ما دلّ على معنى بالوضع الأصليّ أو العرف ويحتمل غيره احتمالا مرجوحا" ((الآمدي) سيف الدّين أبو الحسن عليّ بن أبي عليّ بن محمّد (ت631 هـ)، **الإحكام في أصول الأحكام**، تهميش إبراهيم العجوز، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط1، 1405هـ-1985م، ج2ص198.

وفي رسالة عمر بن الخطّاب[1] إلى أبي موسى الأشعريّ[2] رضي الله عنه قوله: "...فإنّه لا ينفع تكلّم بحقّ لا نفاذ له"[3]، وإنّما حُمل حكم القاضي على الصحّة، وترجّح الحكم الذي اتّصل به حكمه في المسألة المختلف فيها لما في ذلك من المصلحة في نفوذ الحكم وثباته، ولما فيه من حفظ هيبة القضاء، إلاّ أنّ حمل القضاء على الصحّة في الظّاهر لا يعني عدم جواز إثبات خطئه من القضاة أو الخصوم متى توفّر من الأدلّة والقرائن ما يشهد بذلك، لأنّ الاحتمال الرّاجح قد يغدو مرجوحا في ظلّ قيام دليل أقوى على مرجوحيّته منه على رجحانه.

ومتى قام الدّليل القويّ على خطأ الحكم القضائيّ فإنّه يكون معرّضا للنّقض كما سيأتي بيانه في الحديث عن نقض الأحكام القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة، ويكون خطأ الحكم القضائيّ عائدا لأحد سببين هما:

1. الخطأ في تمحيص الوقائع الّتي يدّعيها الخصوم، سواء على شهادة الشّهود أو غيرها من طرق الإثبات.

2. الخطأ في الأحكام الشّرعيّة سواء من حيث استمدادها من النّصوص أو في تحديد علاقتها بموضوع الدّعوى وتتريلها عليها.

وهكذا يتبيّن أنّ حمل القضاء على الصحّة في الظّاهر إنّما يُقصد به ترجيح احتمال صحّة الحكم القضائيّ سواء من حيث الأحكام الشّرعيّة المطبّقة فيه على الدّعوى، أو من جهة صحّة الوقائع المعتمدة فيه ومن حيث تتريل النّصوص المتضمّنة لهذه الأحكام الشّرعيّة على وقائع الدّعوى، وهذا التّرجيح الّذي يكسب الأحكام القضائيّة حُرمة وحصانة مانعة من المساس بها إلاّ إذا ثبت خلاف الرّاجح بالظّاهر بدليل معتبر.

---

(1) هو عمر بن الخطّاب بن نفيل القرشيّ العدويّ، ثاني الخلفاء الرّاشدين، من أشراف قريش في الجاهليّة، اشتهر بالعدل، قتله أبو لؤلؤة المجوسيّ سنة 23هـ (انظر: (النّميريّ) أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمّد بن عبد البرّ بن عاصم، **الاستيعاب في معرفة الأصحاب**، وهو بهامش الإصابة في تمييز الصّحابة لابن حجر العسقلانيّ، مطبعة السّعادة، مصر، ط1، 1328هـ، ج4ص52؛ (ابن الأثير) عزّ الدّين أبو الحسن عليّ بن أبي الكرم محمّد بن محمّد بن عبد الكريم الشّيبانيّ الجزيريّ (ت630هـ)، **أسد الغابة في معرفة الصّحابة**، المكتبة الإسلاميّة، طهران، 1377هـ، ج2ص458).

(2) هو عبد الله بن قيس، أسلم بمكّة، وهاجر إلى الحبشة، ولاّه عمر بن الخطّاب رضي الله عنه، افتتح الأهواز، ولاّه عثمان رضي الله عنه على الكوفة، أحد الحكمين الّذين ولاّهما عليّ ومعاوية، مات بمكّة، وقيل بالكوفة سنة 42هـ (انظر: النّميري، نفسه، ج4ص173).

(3) أخرجه الدّارقطني عن عبيد الله بن أبي حميد عن أبي المليح الهذليّ (انظر: (الدّارقطني) عليّ بن عمر (ت385هـ)، **السّنن**، بذيله التّعليق المغني على الدّارقطني للعظيم آبادي، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط4، 1466هـ-1986م، كتاب الأقضيّة، ج2ص512) قال الزيلعيّ: "وعبيد الله بن أبي حميد ضعيف" ((الزّيلعي) جمال الدّين أبو محمّد عبد الله بن يوسف الحنفي (ت762هـ)، **نصب الرّاية لأحاديث الهداية**، دار الحديث، القاهرة، مصر، ج4ص82).

وقد ارتقى القرافي بالحكم القضائيّ مرتقى عجيبا، حتّى جعله نصّا من الله تعالى في عين المسألة المحكوم فيها متى كان مختلفا فيها، قال القرافي: "وجعل الله تعالى إنشاءه –أي الحاكم– في مواطن الخلاف نصّا ورد من قِبَله في خصوص تلك الصورة... وهو نصّ من قبل الله تعالى، فإنّ الله تعالى جعل ذلك للحاكم رفعا للخصومات والمشاجرات، وهذا النصّ الوارد من هذا الحاكم أخصّ من ذلك الدّليل العام، فيُقدّم عليه، لأنّ القاعدة الأصوليّة: أنّه إذا تعارض الخاصّ والعامّ، قدّم الخاصّ على العامّ"[1]، وارتقى بالحاكم (القاضي) إلى مرتبة النائب عن الله في تشريع الأحكام في أعيان المسائل، فله إنشاؤها بمقتضى الإنابة المجعولة له، قال القرافي: "والحاكم مع الله تعالى كنائب الحاكم يُنشئ الأحكام والإلزام بين الخصوم، وليس بناقل ذلك على مستنيبه، بل مستنيبه قال له أيّ شيء حكمت به على القواعد فقد جعلته حكمي"[2].

وبغضّ النّظر عن مناقشة قوله في المسألة وهو ما سأعرض له عند الحديث عن أساس حجيّة الأحكام القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة، فإنّ الذي يهمّني هنا هو ما مُنِحه الحكم القضائيّ من حُرمة ومكانة جعلت الظّاهر حمله على الصحّة والنّفاذ ووصلت به إلى حدّ إضفاء القداسة عليه باعتباره نصّا خاصّا من المولى جلّ وعلا.

ثانيا: دلالة قاعدة "الظّاهر من أحكام القضاء الصّحة" على حجيّة الحكم القضائيّ.

ممّا تقدّم بيانه في مفهوم قاعدة "الظّاهر من أحكام القضاء الصّحة" يتأكّد أنّ ما تدلّ عليه هذه القاعدة من افتراض صحّة وصواب الحكم القضائيّ هو المستند الحقيقيّ والأساس القويّ لاعتماد الحجيّة، ذلك أنّ ما يحوزه الحكم من احترام وتسليم في الدّعاوى المستقبلة بحيث يمتنع الخصوم عن تجديد النّزاع فيما قضى به، ويمتنع القاضي عن إعادة نظره إنّما ينطلق من افتراض صحّة هذه الأحكام وإصابتها للحقيقة.

بل إنّ القول بصحّة الأحكام ونفوذها يستوعب أثر الحجيّة الإيجابيّ متمثلا في اعتبار الحكم بما أثبته من وقائع ومراكز قانونيّة كمسائل مسلّمة يمكن اعتمادها من المدّعي في رفع دعوى جديدة.

---

(1) **الفروق** (الفرق الرابع والعشرون والمائتان) ج4 ص96-97، وقد علّق ابن الشّاط بقوله: "لا كلام أشدّ فسادا من كلامه في هذا الفصل! وكيف يكون إنشاء الحاكم الحُكم في مواقع الخلاف نصّا خاصا من قبل الله تعالى؟ وقد قال النبيّ ﷺ:" **إذا اجتهد أحدكم فأصاب فله أجران، وإن اجتهد وأخطأ فله أجر واحد"** وكيف يصحّ الخطأ فيما فيه النصّ من قِبَل الله تعالى؟ هذا كلام بيّن الخطأ بلا شك فيه..." (**أدرار الشّروق**... ج4 ص97). سبق تخريج الحديث ص17-18من هذا البحث.

(2) نفسه، ج4 ص100.

الفرع الثّالث: قاعدة "عدم نقض الأحكام القضائيّة" ودلالتها على الحجّية.

يختلف مفهوم النّقض المستعمل عند فقهاء الإسلام المشتغلين بعلم القضاء عنه في استعمال القانون الوضعيّ، ولهذه القاعدة "عدم نقض الأحكام القضائيّة" علاقة وطيدة بحجيّة الأحكام القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة، ولهذا فسأعمد إلى بيان مفهوم النّقض فيها والتّمييز بينه وبين مفهوم مصطلح النّقض في القانون الوضعيّ، ثم أبيّن موقف الفقهاء من القاعدة، وأنتهي أخيرا ببيان ارتباطها بحجيّة الأحكام القضائيّة على النّحو التّالي:

أوّلا: مفهوم قاعدة "عدم النّقض" في الشّريعة الإسلاميّة.

النّقض في اللّغة ضد الإبرام، يقول العرب: نَقَضَ، ينقض نقضا[1]وهو الإبطال، تقول العرب:"نقضت ما أبرمته إذا أبطلته"[2].

أمّا في اصطلاح الفقهاء فهو إظهار البطلان، وقولهم: "نقض الحكم مجاز عن إظهار بطلانه، إذ لا حكم في الحقيقة حتى ينقض"[3]، قال الخطيب الشّربيني[4]: "وفي تعبيرهم بنقض أو انتقض مسامحة، إذ المراد أنّ الحكم لم يصلح من أصله"[5]، فتبيّن أنّ نقض الحكم القضائيّ في حقيقته بيان من القاضي بأنّ ما حكم به في المسألة أوّل مرّة باطل لا متمسّك به، وهو يرد بحكم جديد كاشف عن بطلان الحكم المنقوض.

وقد يعبّر الفقهاء عن نقض الحكم القضائيّ بفسخه كقول الباجي[6]: "إذا تبيّن للقاضي أنّ الحق في غير ما قضى به فسخ حكم ذلك"[7]، وقد يستعمل القاضي عند نقض الحكم صيغة الفسخ، قال الخطيب الشّربيني:

---

(1) انظر: ابن منظور، **لسان العرب**، ج7 ص242؛ الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، ج1 ص846؛ الفراهيدي، **العين**، ج5 ص50

(2) الفيوميّ، **المصباح المنير**، ج2 ص622.

(3) (الإسنوي) جمال الدّين عبد الرّحيم بن الحسن (ت 772 هـ)، **نهاية السّول في شرح منهاج الوصول للبيضاوي**، المطبعة السلفيّة، القاهرة، مصر، 1354هـ، ص158.

(4) هو شمس الدّين محمّد بن محمّد القاهريّ الشّافعيّ، أجمع العلماء على صلاحه وعلمه، من مصنفاته: شرح التّنبيه، مغني المحتاج شرح المنهاج (انظر: ابن العماد، **شذرات الذّهب**...ج8ص384)

(5) **مغني المحتاج**...ج4 ص396.

(6) أبو الوليد سليمان بن خلف الأندلسيّ، عاصر ابن حزم، وله معه مناظرات، من مؤلّفاته النتقى، الاسيفاء في شرح الموطأ، السّراج في علم الحجاج، أحكام الفصول في أحكام الأصول، توفي سنة474هـ (انظر: ابن فرحون، **الدّيباج المذهّب**...رقم239)

(7) **فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكّام**، تحقيق محمّد أبو الأجفان، الدّار العربية للكتاب، المؤسسة الوطنية للكتاب، ط1985م، ص176.

"صيغة النّقض نقضته، وفسخته أو نحو ذلك كأبطلته"[1]، وعلى هذا فنقض الحكم هو فسخه، رغم ما بين الفسخ والنّقض من فروق[2].

والنّقض بهذا المعنى يختلف تماما عن مفهوم النّقض في القانون الوضعيّ، فبينما يستعمل المشتغلون بالفقه الإسلاميّ هذا المصطلح للدّلالة على إبطال الحكم القضائيّ وهو المعنى الأقرب لمعناه اللّغوي وهو الإبطال، فإنّ المشتغلين بالقانون الوضعي يصطلحون على اعتبار النّقض طريقا غير اعتياديّ للطّعن في الأحكام القضائيّة وبالتّالي فإنّ معنى النّقض عندهم أخصّ.

ثانيا: موقف الشّريعة الإسلاميّة من نقض الأحكام[3].

يحسن بي قبل التّعرض لأقوال الفقهاء في مسألة النّقض أن أبيّن أنّ تعاملهم مع مسألة نقض الأحكام القضائيّة لم تكن مجرّدة عن النّظر إلى ما يحفّ الحكم القضائيّ من شروط ومواصفات تؤهّل الحكم ليكون عَلَما على موافقته الشّريعة بموافقة نصوصها، وصدوره ممّن استجمع شروط ولاية القضاء وسلك قواعده وإجراءاته، ولهذا فإنّ الحكم القضائيّ إمّا أن يكون صادرا ممّن هو أهل للقضاء موافقا لأحكام الشّريعة وقواعدها فيكون حراما نقضه، واجبا تنفيذه، وإمّا مخالفا لها متنكّبا عن سبيلها فيكون واجبا نقضه حراما تنفيذه.

1. تحريم نقض الأحكام القضائيّة. تضافرت عبارات الفقهاء على أنّه إذا أصدر قاض حكما قضائيّا بناءً على اجتهاد فيما هو محلّ اجتهاد، فيحرم على غيره من القضاة نقضه باجتهادهم[4]، وحكى

---

(1) **مغني المحتاج**، ج4 ص396.

(2) عدّد عبد الخالق غريب عبد المقصود فروقا ثلاثة بين النقض والفسخ وهي: 1- أنّ النّقض يكون إظهارا للبطلان بينما الفسخ يدخل على الفاسد والصحيح كفسخ العقود 2- أن الفسخ قد يُقصد به رفع حكم العقد دون إبطاله، كفسخ النّكاح للعيب. 3- النّقض يقبل النّقض عند غالب الفقهاء على خلاف الفسخ فإنّه لا يقبل (انظر: **نقض الأحكام القضائية في التّشريع الإسلاميّ** (رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، كلية الشّريعة والقانون، 1405هـ- 1985م) ص16-17)

(3) اقتصرت على ذكر أقوال الفقهاء دون الاستدلال لها من النّصوص وعمل الصحابة لأنّ هدفي هنا هو مجرّد بيان وجود الحجيّة في الفقه الإسلامي، ولأنّني سأعود لهذه الأدلّة بالتفصيل في التّدليل لمشروعية الحجيّة.

(4) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص64؛ الباجي، **فصول الأحكام**...ص177؛ ابن قدامة، **المغني**، ج 11 ص407؛ (البهوتي) منصور بن يونس بن إدريس (ت1051هـ)، **شرح منتهى الإرادات**، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ج3 ص 478؛ (الكاساني) علاء الدّين أبو بكر محمّد بن مسعود (ت587هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشّرائع**، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط2، 1402هـ-1986م، ج7 ص 14؛ ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص 77؛ (السمائليّ) حمد عبيد، **العقد الثّمين في أحكام الدّعوى**

بعضهم الإجماع عليه[1]، وأساس هذا القول هو القاعدة **"الاجتهاد لا يُنقض بالاجتهاد"**، لأنّ الاجتهاد الثّاني ليس أولى بالأخذ من الأوّل، فإذا استقرّت هذه القاعدة بناء على إجماع الصحابة على عدم نقض اجتهاد بعضهم باجتهاد بعض[2]، فقد استقرّ القول بتحريم نقض الأحكام القضائيّة المؤسّسة على اجتهاد بأحكام جديدة باجتهاد، فإذا أضيف إلى ذلك اتّصال الاجتهاد الأوّل بالقضاء فقد تأكّد عدم نقضه[3].

أمّا علّته فمنعا للفساد الحاصل بعدم انتهاء الخصومات والمنازعات، وذهاب الثّقة بالقضاء بسبب نقض الأحكام القضائيّة الماضية بالحادثة، وعدم استقرار المراكز الشرعيّة للنّاس[4].

بل إنّ واجب القاضي تجاه الأحكام القضائيّة هو إمضاؤها وتنفيذها، قال ابن فرحون: "والعادل العالم لا يُتعرض لأحكامه إلاّ على وجه التجويز لها إن عرض فيها عارض بوجه خصومة"[5].

واليمين، وزارة التّراث القوميّ والثّقافة، عمّان، الأردن، 1403هـ، ص9؛ المرتضى، **البحر الزخّار**...ج5ص136؛ (الطباطبائيّ) السيّد محسن، **مستمسك العروة الوثقى**، مؤسسة اسماعيليان، قم، إيران، ط5، ج1ص205.

(1) قال الآمدي: "اتّفقوا أنّ حكم الحاكم[أي القاضي] لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهاديّة لمصلحة الحكم" (**الإحكام**...ج3ص232) وقال الطباطبائيّ الشيعيّ: "...بل حكى عليه الإجماع بعضهم من عدم جواز نقض الحكم الناشئ عن اجتهاد صحيح باجتهاد كذلك" (نفسه)

(2) انظر: (السّيوطيّ) جلال الدّين عبد الرّحمان (ت911هـ)، **الأشباه والنّظائر في قواعد وفروع فقه الشّافعيّة**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط1، 1403هـ-1983م، ص 101؛ (ابن نجيم) زين الدّين بن إبراهيم بن محمّد بن بكر(ت970هـ)، **الأشباه والنّظائر**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، 1405هـ - 1985م، ص105.

(3) قال الزّيلعي: "وإذا رُفع إليه حكم حاكم أمضاه إن لم يخالف الكتاب والسنّة المشهورة والإجماع لأنّه لا مزية لأحد الاجتهادين على الآخر وقد ترجّح الأوّل باتّصال القضاء به فلا يُنقض بما هو دونه ولأنّه لو لم ينفذ الأوّل لم ينفذ الثّاني أيضا وكذا الثّالث والرّابع إلى ما لا يتناهى لاحتمال أن يجيء قاض يرى خلاف ذلك فكان نافذا ضرورة" (فخر الدّين عثمان بن عليّ (ت743هـ)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، دار المعرفة للطّباعة والنّشر، بيروت، لبنان، ط2، ج4ص188)، وقال السمائلي الأباضي: "وإذا رفع لقاض حكم آخر أمضاه ولو خالف رأيه ومذهبه، لأنّ الاجتهاد الثّاني كاجتهاد الأوّل، وقد رجح الأوّل للقضاء به، ولا ينقض بما دونه" (**العقد الثّمين**...ص9)

(4) قال الكاساني: "إنّ الضرورة توجب القول بلزوم القضاء المبنيّ على الاجتهاد، وأنّه لا يجوز نقضه، لأنّه لو جاز نقضه برفعه إلى قاض آخر يرى خلاف رأي الأوّل فينقضه، ثم يرفعه المدّعي إلى قاض آخر يرى خلاف رأي القاضي الثّاني فينقض نقضه، ويقضي كما قضى الأوّل فيؤدي إلى أن لا تندفع الخصومة والمنازعة أبدا، والمنازعة سبب الفساد، وما أدّى إلى الفساد فساد" (**بدائع الصنائع**... ج7ص14) كما قال الآمدي: "ولو أنّا جوزنا نقض ذلك الحكم باجتهاد آخر لجاز نقض ذلك الاجتهاد المتأخّر باجتهاد آخر وهكذا في كلّ اجتهاد إلى ما لا نهاية فيلزم التّسلسل وهو باطل، وبذلك تفوت مصلحة نصب الحاكم بالإضافة إلى ما يترتّب على ذلك من اضطراب الأحكام وعدم استقرارها وفقدان الثّقة في التّقاضي وفي ذلك مشقة شديدة" (**الإحكام**... ج3ص232)

(5) **التّبصرة**، ج1 ص74.

ومعنى التّجويز لها أي إنفاذها والعمل بها واعتبارها في إبلاغ النّاس ما قضت لهم به من حقوق، كذلك واجب القضاة هو فسخ كل حكم قضائيّ ناقض لحكم سابق عنه دون وجه حقّ، إنّما لمجرّد اختلاف الرّأي ما دام القاضي الّذي أصدر الحكم الأوّل مأمونا في أحكامه، عدلا في أحواله، بصيرا بقضائه، لم يخالف قطعيّا من كتاب أو سُنّة أو إجماع[1].

وأمّا تحريم نقض القاضي قضاء نفسه فلأنّ القاضي إذا حكم بشيء في المسائل المُجتهد فيها ثم تغيّر اجتهاده لا ينقض الأوّل، ويحكم في المستقبل بما رآه ثانيا[2].

وهو الرّاجح في المذهب المالكيّ خلافا لمن رأى جواز فسخ القاضي للحكم إلى ما هو أحسن منه وأصوب[3].

والخلاصة أنّه متى صدر حكم قضائيّ غير مخالف لنصوص القرآن والسُنّة أو الإجماع، وكان مؤسّسا على الاجتهاد فيما هو محلّ الاجتهاد، فلا يجوز للقاضي الذي أصدره أن ينقضه باجتهاد جديد، وهذا إعمالا للقاعدة (الاجتهاد لا ينقض بمثله)، وقد قيّدوا ذلك بما إذا كان الحكم صادرا عن قاض أهل للولاية صالح للقضاء، وبما إذا كان قضاؤه غير مخالف لنصوص الشّريعة الإسلاميّة.

2. وجوب النّقض. وذلك حالة تنكّب الحكم القضائيّ عن الحقّ والصّواب أو صدوره ممّن ليس أهلاً للقضاء، فيذهب المالكيّة[4]إلى وجوب نقض الحكم القضائيّ إذا وقع خلاف نصّ الكتاب أو السُنّة

(1) ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص79.

(2) انظر: (ابن نجيم) زين الدّين بن إبراهيم بن محمّد بن بكر(ت970هـ)، **الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، 1405هـ- 1985م، ص105-106؛ السّيوطي، **الأشباه والنظائر**...ص101؛ قال السّمناني: "ولا ينقض القاضي حكمه باجتهاد جديد، فأمّا ما يثبته من الحكم عن نفسه فليس له أن يتعرّض لفسخه بعد ذلك ولا إبطاله، إلاّ أن يخالف النصّ المعلوم، أو المعمول به بإجماع الأمّة، ولا ينقضه باجتهاد أظهر عنده من الأوّل، بل يستأنف الحكم والقضاء، ولا يرد الأوّل" (أبو القاسم علي بن أحمد الرّحبيّ (ت499هـ)، **روضة القضاة وطريق النّجاة**، مؤسّسة الرسالة، بيروت، لبنان، دار الفرقان، عمّان، الأردن، ط2، 1404هـ- 1984م، ج1 ص319)، وقد جاء في الفتاوى الهنديّة أنّه لو"قال القاضي بعدما قضى في حادثة، رجعت عن قضائي، أو أبطلت حكمي، أو وقفت على تلبيس الشّهود، وأراد أن يبطل حكمه، لا يعتبر هذا الكلام منه، والقضاء ماض على حاله" (نظّام وجماعة من علماء الهند، **الفتاوى العالمكيريّة المعروفة بالفتاوى الهنديّة**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط4، 1406هـ- 1986م، ج3 ص332).

(3) ابن فرحون، نفسه، ج1 ص63.

(4) ابن فرحون، نفسه، ج1 ص62.

أو الإجماع أو القواعد[1] أو القياس الجليّ، وصرّح الحنفيّة[2] بوجوب نقض الحكم القضائيّ المخالف للكتاب أو السُنّة أو الإجماع أو كان حكما لا دليل عليه، ويرى الحنابلة[3] المجيزون لتعقّب أحكام القضاة السّابقين إن كان القاضي ممّن يصلح للقضاء فلا يُنقض من أحكامه إلاّ ما كان مخالفا للقرآن والسُنّة والإجماع، وكذلك صرّح الشّافعيّة[4] بوجوب إبطال الحكم القضائيّ المخالف للنصّ أو الإجماع أو القياس الجليّ، وقال الزيديّة: "لا يُنقض الحكم إلاّ أن يخالف قاطعا"[5]، وهو ما خالف الكتاب أو السنّة أو الإجماع[6]، وكذلك صرّح الشّيعة[7] بنقض الحكم القضائيّ المخالف للقرآن والسنّة المتواترة وقطعيّ الإجماع.

واتّجه جمهور الحنابلة إلى وجوب نقض أحكام من لا يصلح للقضاء لفقد الشّروط لأنّ حكمه غير صحيح وجوده كعدمه، ولو كان قد حكم فيما يسوغ فيه الاجتهاد، قال صاحب الإنصاف:"هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب"[8]، وقال بعضهم: لا يُنقض الصّواب منها، ورجّح هذا الرّأي جملة من محقّقي المذهب[9]، وكذلك رأى المالكيّة أنه لا يُنقض من أحكام الجاهل ما وافق الصّواب والحقّ[10]، وقال بعضهم يُردّ

---

(1) مثال ذلك أنّ من قواعد الشّرع صحّة اجتماع الشّرط مع المشروط، لأنّ حكمته تظهر فيه، ولذلك صحّحوا لزوم الطّلاق الثّلاث على من قال لزوجته إن وقع عليك طلاق فأنت طالق قبله ثلاثا، فإذا حكم قاضي خلافا للقاعدة بأن حكم بالتّوارث بينهما لموت أحدهما كان حكمه غير صحيح لمخالفته القواعد واستوجب نقضه (انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص62؛ القرافي، **الإحكام**...ص74).

(2) انظر: (المرغيناني) برهان الدّين عليّ بن أبي بكر (ت 593هـ)، **الهداية شرح بداية المبتدي**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1410هـ- 1990م، ج7 ص300.

(3) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج11 ص407؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3 ص478.

(4) انظر: ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص77.

(5) المرتضى، **البحر الزخّار**...ج5ص636.

(6) انظر: (السّياغي) الحسين بن أحمد، **الرّوض النضير شرح مجموع الفقه الكبير**، مكتبة المؤيّد، ط2، السّعوديّة، ج4ص124.

(7) انظر: الطباطبائيّ، **مستمسك العروة الوثقى**...ج1ص205.

(8) (المرداوي) علاء الدّين أبو الحسن عليّ بن سليمان(ت885هـ)، **الإنصاف في معرفة الرّاجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق محمّد الفقّي، دار إحياء التراث العربيّ، بيروت، لبنان، ط1، 1377 هـ- 1958م، ج11ص225.

(9) قال المرداوي:"وهو الصواب وعليه عمل الناس من مُدد ولا يسع النّاس غيره" (نفسه) وقال ابن قدامة:"...ولا يُنقض ما وافق الصّواب لعدم الفائدة من نقضه فإنّ الحقّ وصل إلى مستحقه" (نفسه)

(10) انظر: الباجي، **فصول الأحكام**... ص178؛ ابن فرحون، نفسه، ج1 ص65.

منها ما كان مُختَلفا فيه لأنّ الحكم فيه كان حدسا وتخمينا[1]، وتُردّ كل أحكام الجائر ما وافق الصواب وما خالفه لأنّه لا يُؤمن حيفه[2].

ويرى الحنفيّة[3] أن لقاضي أهل العدل نقض قضاء أهل البغي بأن ظهر أهل العدل على المصر الذي كان بيد أهل البغي، فينقضها كلّها ولو كانوا من أهل القضاء والشّهادة في الجملة كبتا لهم ليترجروا عن البغي.

والخلاصة أنّ عبارات الفقهاء تتّفق في وجوب نقض الحكم القضائيّ متى تبيّنت مجافاته لنصوص الشّريعة وقواعدها، إذ لا قيمة في نظر الشّريعة لحكم قضائيّ هذا حاله، بل الحقّ في نقضه وبيان بطلانه، ووقف الباطل الّذي نشأ عنه وهذا قدر متّفق عليه، ثم زاد بعضهم حالات لنقض الحكم القضائيّ ولو كان صحيحا في ميزان الشّريعة ومصيبا للحقّ في المسائل المحكوم فيها راجعة إمّا لفقد القاضي لشروط التّولية على اعتبار أنّ ما نشأ عنه كالعدم، فاعتبر بعضهم النّقض واجبا، وقال بعضهم الآخر: لا ينقض الصّواب منها، وإمّا راجعة لمقصد أعلى ككبت أهل البغي وإبطال أحكام دولتهم، وإنّما أجازوا الحكم القضائيّ الصّادر عن الجاهل الجائر و لم يوجبوا نقضه لما قدّروه من مصلحة استقرار الحقوق وعدم الفائدة من النّقض.

ثالثا: دلالة قاعدة "عدم نقض الأحكام القضائيّة" على حجيّة الأحكام القضائيّة.

إنّ اعتماد تحريم نقض الأحكام القضائيّة كحكم أصليّ يُعتبر أكبر مظهر لحجيّة الأحكام القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة، إذ أنّ صوْن أحكام القضاء من الإبطال والفسخ والإلغاء لمجرد اختلاف الرّأي وتبدّل الاجتهاد وتغيّر أشخاص القضاة يُعتبر أكبر دليل على ما تكتسبه هذه الأحكام من حصانة وحُرمة تمنع من النّيل منها.

---

(1) وقال بعضهم: لا ينقض من أحكام الجاهل ما وافق الصّواب إذا كان يشاور العلماء، أمّا إذا كان لا يشاور فتُنقض كلّ أحكامه لأنّها لأنّها كانت حدسا وتخمينا فلم تصحّ، أو أنّها أحكام جوْر لّما خلت من المشورة (انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص65)

(2) **انظر**: ابن فرحون، نفسه؛ الباجي، **فصول الأحكام**... ص178. وقيل: إذا عُرف في بعض أحكامه الصّواب، وباطن أمرها كان صحيحا مستقيما، وشهد بذلك من عرف القضيّة وعرف كيف شهد فيها من أهل العدل فإنّه يمضي، ولا يُردّ لأنه إذا رُدّ وقد ماتت البيّنة وانقطعت الحجّة كان ذلك إبطالا للحقّ، قال أصبغ:"أرى أن يمضي من أحكامه ما عدل فيه و لم يسترب فيه ويُفسخ ما تبيّن فيه الجور إن استريب، ويفعل فيها من الكشف ما يفعل بأقضية الجهّال" (انظر: ابن فرحون، نفسه)، وقد سُئل الإمام مالك: "أرأيت إن ولي القضاء رجل، أينظر في قضاء القضاة قبله؟" قال: "لا يعرض لقضاء القضاة قبله إلاّ أن يكون جوْرا بيّنا" (مالك بن أنس (ت197هـ)، **المدوّنة الكبرى برواية سحنون التّنوخي**، دار الفكر، بيروت، ج4 ص78)

(3) انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**...ج7ص14.

وفي هذا تسليم ضمنيّ بصحّة هذه الأحكام وإصابتها الحقّ، ولهذا يَمتنع القضاة عن النّيل من قضاء من سبقهم وإبطاله ما لم يتبيّن مخالفته لأحكام الشّريعة وقواعدها، ذلك أن حُرمة الأحكام القضائيّة مستمدّة من حُرمة الشّريعة وقداستها، فإذا تنكّبت هذه الأحكام عن الجادّة وناقضت قواعد الشّريعة استحقّت الإهدار والنّقض، كما لا يجوز للقاضي الرّجوع عن قضائه بعد إعلانه، إذ أنّ صدور الحكم جعله يكتسب حصانة لا يمكن المساس بها حتّى ممن أصدره من القضاة، وهو عين ما يتردّد في الحديث عن حجيّة الأحكام، فتبيّن بذلك أن مبدأ "عدم نقض الأحكام القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة" يعتبر أظهر صورة على حجيّة الأحكام القضائيّة فيها.

المطلب الثّاني: مفهوم حجيّة الحكم القضائيّ في القانون الوضعيّ.

اهتمّ فقهاء القانون بفكرة الحجيّة وشغلت بالهم في كثير من المؤلفات[1]، رغم أنّ حديثهم عن الحجيّة ينصبّ في الغالب على الحديث عن شروطها وآثارها خاصة ما تعلّق بالوجه العمليّ لحجيّة الشّيء المحكوم فيه وهو الدّفع بعدم جواز نظر الدّعوى لسابقة الفصل فيها[2]، بل إنّ بعض المؤلّفات في الموضوع لا تكلّف نفسها عناء تعريف فكرة الحجيّة، بل تلج مباشرة إلى تطبيقاتها القضائيّة[3]، وإن هي تجشّمت عناء تعريفها، فبعضها قد جعل التّعريف مجالا لحشد أكبر قسط من آثارها والاعتبارات التي قامت عليها هذه الفكرة.

تعرّف الحجيّة (opposabilité) في الاصطلاح القانونيّ عموما بأنّها "إمكانيّة حقّ أو عمل أو وضع قانونيّ أو واقعيّ في بيان مفاعيله القانونيّة تجاه أشخاص ثالثين...بإجبارهم على الاعتراف بوجود وقائع وحقوق وأعمال يحتجّ بها (إذا كانت ثابتة قانونا)، وعلى احترامها كعناصر من النّظام القانوني، وعلى تحمّل نتائجها"[4]، ومثال ذلك حجيّة عقد البيع في إنتاج آثاره المتمثّلة في تنفيذ التزامات العقد بين الطّرفين، واحترام الغير لحقّ الملكيّة الآيل بهذا العقد.

---

(1) يقول مفلح عوّاد القضاة: "يعتبر الدّفع بحجيّة الشيء المحكوم به من أغنى موضوعات القانون دراسة وبحثا، فقد تناولتها الأقلام بالبحث منذ زمن بعيد، وما زالت تحتلّ الصّدارة في كتب الفقه كواحدة من أهمّ مشاكل القانون" **أصول المحاكمات المدنيّة**... ص263، ويقول أحمد السيّد صاوي: "حجيّة الشيء المحكوم فيه، رغم بساطة الفلسفة التي يقوم عليها، إلاّ أنّها كانت من أغنى موضوعات القانون دراسة وبحثا، فتناولتها الأقلام بالبحث منذ زمن بعيد، ولمّا تزل تحتلّ الصدارة في كتب الفقه كواحدة من أهمّ مشاكل القانون، كما طبّقها القضاء فيما لا يحصى من أحكامه، وما زال يعرض عليه في كلّ يوم ما تثيره الحجيّة من مشاكل، لما تتّسم به الحجيّة من طابع عمليّ" (**الشّروط الموضوعيّة للدّفع بحجيّة الشيء المحكوم فيه،** (رسالة دكتوراه، كليّة الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1971م، ص10-11) ويقول أحمد ماهر زغلول: "الحجيّة وهي نظام عرفته النّظم القانونيّة في وقت مبكّر من مراحل تكوينها الأولى، وهي فضلا عن ذلك قاعدة من قواعد القانون المقارن لا بدّ وأن تكون قد وصلت نتيجة لجهود التّأصيل والتّحليل الممتدة في الزّمان والمكان إلى مرحلة من الاستقرار والوضوح في فكرتها تحول دون الخلاف حول أساسياتها ووجوه تطبيقها الرئيسيّة، وتحصر مثل هذا الخلاف إن وجد في مسائل فرعيّة وثانويّة لا تؤثّر على أساسيّات الفكرة وفروضها الرئيسيّة. والواقع أنّه لا يمكن التعويل على هذه الاعتبارات واستنطاقها ما لا يمكن أن تؤدّي إليه من وجود فكرة واحدة للحجيّة في النّظم القانونيّة المختلفة في الزّمان والمكان، فالحجيّة هي محصلة لنظام قانوني معيّن ولذلك فإنّها تختلف باختلاف النّظم زمان ومكان" (**أعمال القاضي الّتي تحوز حجيّة الأمر المقضيّ وضوابط حجيّتها،** دار النّهضة العربيّة، القاهرة، مصر، 1410هـ-1990م، ص8-9)

(2) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ وقوّته في المواد المدنيّة والجنائيّة**، منشأة المعارف بالاسكندريّة، مصر، ص13.

(3) انظر: إبراهيم سيد أحمد، **حجيّة الأحكام فقها وقضاءً**، دار الفكر الجامعيّ، الإسكندريّة، مصر، ط1، 2001، ص11.

(4) انظر: جيرار كورنو، **معجم المصطلحات القانونيّة**، ترجمة منصور القاضي، المؤسسات الجامعيّة للدّراسات والنّشر والتّوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ-1998م، ص667-668.

وقد ظهر في معنى الحجيّة الدّقيق نوعان من التّعريف، نوع نظر إليها كقرينة قانونيّة، بينما رجّح الآخر كونها صفة تلحق بالحكم القضائيّ، وقد كان لهذا التباين في زاوية النّظر أثره البالغ على الفقه القانونيّ والتّشريع الوضعيّ (المصريّ والجزائريّ كمثال) كما سيأتي بيانه، ولهذا فقد عرضت لهذا المطلب في فرعين على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: تعريف حجيّة الحكم القضائيّ على اعتبار كونها قرينة.

الفرع الثّاني: تعريف حجيّة الحكم القضائيّ على اعتبار أنّها وصف للحكم القضائيّ.

الفرع الأوّل: تعريف حجيّة الحكم القضائيّ على اعتبار كونها قرينة.

تُعرف الحجيّة في هذا الاتّجاه بأنّها "قرينة حقيقة مطلقة والّتي بموجبها فإنّ الوقائع المثبتة والحقوق المعترف بها بحكم لا يمكن التنازع فيها مجدّدا، لا أمام المحكمة الّتي أصدرته و لا أمام أيّ جهة قضائيّة أخرى"[1]، والمتأمّل في هذا التّعريف يمكن أن يستخلص أهمّ العناصر المكوّنة لفكرة الحجيّة وهي:

1. أنّ الحجيّة قرينة مطلقة، ومضمون الحكم المكتسب للحجيّة يُعتبر عنوان الحقيقة.

2. أنّ الحجيّة المقترنة بالحكم القضائيّ تجعل الوقائع الثّابتة فيه والحقوق المعترف بها مسلّمة غير قابلة لأن تكون محلاّ للمنازعة أمام نفس المحكمة أو محكمة أخرى.

وحتّى يتّضح مفهوم الحجيّة في ضوء هذا التّعريف سأحاول أن أتوقّف عند هذه العناصر إجمالا على أن أعود إليها في مواضعها بشيء من التّفصيل[2].

أوّلا: الحجيّة قرينة مطلقة. يُقصد بالقرينة النّتيجة أو الإمارة التي تُستخلص من أمر أو واقعة معلومة والتي يُعتمد عليها للوصول إلى أمر أو حكم مجهول[3].

---

(1) «On appelle autorité de la chose jugée une présomption absolue de vérité, en vertu de laquelle les faits constatés et les droits reconnus par un jugement ne peuvent être contestés de nouveau, ni devant le tribunal qui a rendu ce jugement, ni même devant une autre juridiction » (E. GARSONNET, Ch. CEZAR–BRU, **Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale**, 3ème éd., T.3, Paris 1913, n° 703, pp. 403-404)

(2) سأعود للتعرّض إلى أغلب هذه الأفكار عند الحديث عن الأساس القانونيّ للحجيّة ص141-148.

(3) تعرّف المادة 1349 من القانون المدنيّ الفرنسيّ القرائن بأنّها "النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لواقعة مجهولة"

Art.1349 C. Civ.: « Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu »; source: http://www.legifrance.gouv.fr

والقرائن نوعان، قرائن قانونيّة (présomptions légales) وقرائن قضائيّة (présomptions judiciaires)، فالأولى منها هي التي ينصّ عليها القانون، وهي ليست طرقا للإثبات، بل هي مُعفية من الإثبات أصلا، ككون الحكم حائزا لحجيّة الشّيء المحكوم فيه، وأمّا القرائن القضائيّة فهي الّتي يكون فيها للقاضي مجال للاستنباط والاستخلاص بإعمال بصيرته وحكمته في النّظر في ظروف القضيّة وملابساها، فمتى اقتنع القضاء بدلالتها استعملها[1].

ومعنى كونها مطلقة (absolue) أنّها لا تقبل إثبات العكس، فإنّ الدّعوى المدفوعة بحجّية الأمر المقضيّ لا يجوز سماعها، ولا يمكن للمحكوم عليه أن يثبت أنّ الحكم الحائز للحجّية الذي يُحتج به غير صحيح ما دام حائزا لهذه الصّفة، بمعنى أن يُعتبر الحكم القضائيّ الصّادر مستوفيا لشروطه قرينة مطلقة على مطابقة الأمر المقضيّ فيه للحقيقة الواقعة، أي مطابقة الحقيقة القضائيّة للحقيقة الواقعة، وهذا قائم على الغالب الوقوع[2].

إلاّ أنّ هذا الاتّجاه المعتبر حجّية الحكم القضائي قرينة قانونية مطلقة والمتأثّر بالنّصوص التي أدمجت الحجيّة ضمن القرائن القانونيّة[3]، لقي انتقادات شديدة، وأصبح محلّ هجر[4]، وهذا لأسباب أهمّها[5]:

- أنّ القرينة تسعى إلى إقناع القاضي بأمر ما، بينما الحجيّة تُلزمه الأخذ بها ولا تسعى إلى إقناعه.
- أنّ القرنية على الواقعة تؤكّد وجودها، بخلاف الحجيّة فهي ترتبط بالحكم دون الواقعة.
- أنّ القرينة قابلة للدّحض والنّقض بالدليل العكسيّ، خلافا للحجيّة التي لا تنتقض بدليل نفي مقابل.

ويركّز شرّاح القانون في تعريفهم للقرينة على ذات عمليّة الاستنباط فيعرفونها بكونها "استنباط أمر مجهول من واقعة معلومة" (انظر: عنتر سيّد جوده، **حجيّة القرائن في الإثبات المدنيّ في الفقه الإسلاميّ والقانون الوضعيّ**(رسالة دكتوراه في الحقوق، كليّة الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1423هـ–2002م)، ص55-56. أو هي "استنتاج مجهول من معلوم بحكم الضّرورة والتّوافق العقليّ" (انظر: مالكي محمّد الأخضر، **قرينة براءة المتّهم**، رسالة دكتوراه، كليّة الحقوق، جامعة قسنطينة، رقم91، ص16).

(1) انظر: السّنهوري، **الوسيط**...ج2 ص 328-329، والقرينة القانونية بالمعنى المذكور لا عمل فيها للقاضي، وركنها الوحيد هو النصّ القانوني حيث يحدّد الواقعة المعلومة الثّابتة ويجري عملية الاستنباط ليصل إلى النّتيجة بحكمه اعتمادا على كونها راجحة الوقوع.

(2) اعتبار الحجيّة قرينة مطلقة لا يمكن إثبات عكسها، ويمكن التمسّك بها في دفع أي دعوى جديدة حول نفس موضوع النّزاع متى توافرت فيها شروط الدّفع بسبق الفصل كان القصد منه هو منع تجدّد الخصومات والمنازعات، وكذا منع تعارض الأحكام القضائيّة في ذات النّزاع وبين نفس الخصوم وهو ما من شأنه إفقاد الثّقة في القضاء وهيبته، إلاّ أنّ هذا لا يمنع من الطّعن في الحكم بأحد الطرق العاديّة أو الاستثنائيّة، وبقاء حجيّة الحكم واستمرارها مرهون ببقاء الحكم، فمتى صدر في هذا الطّعن حكم جديد زالت حجيّة الحكم الأوّل.

(3) سيأتي بيان ذلك عند التعرّض لمشروعيّة الحجيّة في التّشريع الوضعيّ، انظر : ص 125-131 من هذا البحث.

(4) Natalie FRICERO, *op. cit.*, p.909.

(5) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ وقوته**... ص24.

ولقد رجّح بعض المشتغلين بالفقه كون الحجّية قاعدة موضوعيّة (règle de fond) وليست قرينة قانونيّة (présomption légale)[1]، وذلك أنّها لو كانت مجرّد قرينة قانونية لاشتركت مع سائر القرائن بكونها تدحض بالإقرار أو اليمين[2].

وخلاصة القول في ذلك أنّ قاعدة الحجّية تقوم على قرينة، وليست هي ذاتها القرينة، وذلك لأنّه قد ثبت أنّ القرينة ترتبط بواقعة ثابتة واستنباط محدّد، إلاّ أنّه خلافا للقرينة القضائيّة التي يظهر فيها عمل القاضي في عملية الاستنباط بالانطلاق من الواقعة الثّابتة إلى الواقعة المراد إثباتها، فإنّ القرينة القانونيّة تقوم على النّصّ القانونيّ الّذي يُخفي هذا الاستنباط والواقعة الثّابتة رغم وجودها حقيقة، ويكفي في الحالة التي نحن بصددها بوسم الحكم بكونه حائزا للحجّيّة لكي يلتزم القاضي والمتقاضي بالإذعان له، وهذا التّسليم يحتوي تسليما ضمنيّا بثبوت الواقعة الأولى وصحّة الاستنباط المعتمد بنصّ القانون بحيث لا يمكن إثبات عكسه[3].

ثانيا: الحجيّة تجعل الوقائع الثّابتة غير قابلة لأن تكون محلاّ للمنازعة. ويظهر ذلك من خلال أثر الحجّية على المحكمة التي قضت بالحكم وغيرها من المحاكم، وكذلك على الخصوم أنفسهم، وذلك أن لحجّية الأمر المقضيّ أثرين، أثرا إيجابيّا وأثرا سلبيّا[4].

---

(1) انظر: السّنهوري، **الوسيط**... ج2 ص 630؛ عبد الحكم فوده، **حجّية الأمر المقضيّ**...ص24. يقول مصطفى مجدي هرجه: "إنّ حجّية الأمر المقضيّ وإن اشتركت مع القرائن القانونيّة في الأساس واتّحدت معها في أنّ استنباطها مبنيّ على الغالب من الأحوال إلاّ أنّها تختلف عنها في أنّه لا يجوز إثبات عكسها بأي طريقة من طرق الإثبات ولو بالإقرار أو اليمين، وهو ما جعل الفقه الحديث يعتبرها من القواعد الموضوعيّة" (**قانون الإثبات في المواد المدنيّة والتّجارية في ضوء أحدث الآراء وأحكام النّقض والصّيغ القانونيّة**، دار المطبوعات الجامعيّة، الإسكندريّة، مصر، 1994م، ص 627).

(2) تظهر أهميّة هذا الاتّجاه خاصّة إذا اعتبرنا أنّ الحجّية ليست من النّظام العامّ، فكان الواجب إذن إمكان دحضها بالإقرار واليمين لو أنّها كانت مجرد قرينة قانونية وهذا خلاف الواقع. يقول السنهوري: "... والذي يقطع في أنّ حجّية الأمر المقضي ينبغي أن تكون قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية أنّ هذه الحجية لا تدحض كما رأينا لا بالإقرار ولا باليمين، وهذه علامة حاسمة على أنّها قاعدة موضوعيّة، فالقرائن القانونيّة ولو كانت قاطعة تُدحض دائما كما قدّمنا بالإقرار واليمين" (نفسه، ج2 ص640).

(3) فالحجّية ليست مجرّد نتيجة تستخلص من واقعة معلومة للوصول إلى أمر مجهول، ولا اعتماد النصّ لهذه القرينة، بل تلك الصّفة التي أضفاها القانون على الواقعة الثابتة (المتمثّلة في الشيء المقضيّ فيه) وعلى الاستنباط المعتمد (التمسّك بالشيء المقضيّ فيه في الحادث من الوقائع والقضايا) بحيث لا يمكن أن يُقبل دليل يخالف هذا الاحترام، ولا تُدرس دعوى أصلا يقصد منها المساس بهذه الحجّية، فاختفت الواقعة الثابتة، واختفى هذا الاستنباط المعتمّد، وبقيت الحجّية هي العاملة والفيصل عند التحاجّ مجرّدة لا تحتاج إلى تسبيب.

(4) انظر: عبد الحكم فوده، نفسه، ص 14-15؛ إدوار غالي الذهبيّ، **حجّية الحكم الجنائيّ أمام القضاء المدنيّ**، دار غريب للطّباعة، القاهرة، مصر، 1980م، ص 54-57.

Natalie FRICERO, *op. cit.*, p.919.

فأمّا الأثر الإيجابيّ (effet positif) فيتمثّل في الاحترام الذي يحوزه الحكم ذو الحجّية، بحيث يحترم القاضي ما أصدره من حكم، وكذا غيره من القضاة، بحيث لا يجوز لهم البحث في سلامة هذا الحكم، وعليهم أن يرتّبوا عليه آثاره.

وأما الأثر السّلبيّ (effet négatif) فيتمثّل في عدم جواز رفع نفس الدّعوى بعد سابقة الفصل فيها، وهذا لا يمنع من الطّعن في الحكم بأحد الطرق العاديّة أو غير العاديّة.

إلاّ أنّ هذه الحجيّة الثّابتة للحكم عند صدوره لا تزول بمجرّد الطّعن فيه حتّى يصدر حكم جديد بإلغاء الحكم الأوّل، فتثبت الحجّية للحكم وتوجد بوجوده وتزول بزواله[1].

الفرع الثّاني: تعريف حجيّة الحكم القضائيّ على اعتبار أنّها وصف للحكم القضائيّ.

تعرّف الحجيّة بأنّها "الصّفة غير القابلة للمنازعة والثّابتة بواسطة القانون لمضمون الحكم، بحيث أنّ الشّيء المتنازع فيه والصّادر بشأنه حكم لا يكون قابلا للمنازعة فيه فيما بعد"[2]، وواضح أنّ هذا التّعريف يركّز على كون الحجيّة هي مجرّد صفة تلحق بالحكم القضائيّ، وبالتّالي فهي ليست قرينة قانونيّة، وهذا هو الذي يتردّد عند المشتغلين بالموضوع[3]، كما تعرّف بأنّها "...نوع من الحرمة يتمتّع بها الحكم، بمقتضاها يعتبر الحكم متضمّنا قرينة قانونيّة لا تقبل الدّليل العكسيّ على أنّه صدر صحيحا من حيث إجراءاته وأنّ ما قضى به هو الحقّ بعينه من حيث الموضوع"[4].

وقد سبق وأن بيّنت في شرح التّعريف الأوّل أن الحجّية ليس لها مفهوم خاصّ منفصل عن الحكم، فهي ليست قرينة قانونيّة، بل هي الصّفة التي أضفاها القانون على الواقعة الثابتة (المتمثّلة في الشّيء المقضيّ فيه)

---

(1) انظر: العدويّ جلال عليّ، **أصول أحكام الالتزام والإثبات**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996، ص331.

Natalie FRICERO**,** *op. cit.*, p.910**.**

(2) Jean FOYER, **De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition**, thèse. Paris 1954, p. 320.

(3) انظر: فتحي والي، **الوسيط**...ص160؛ أحمد السيّد صاوي، **الشّروط الموضوعيّة**...ص109، ويعرّف عبد الحكم فوده الحجيّة بأنّها "صفة تلحق بالحكم القضائيّ القطعيّ الصّادر من محكمة مختصّة، ويترتب على توافر هذه الصّفة احترام المحاكم له، بعدم البحث في نفس الموضوع من جديد والتّسليم بما قضى به الحكم بين الخصوم"(**حجيّة الأمر المقضيّ وقوّته**...ص13) يقول محمّد نعيم ياسين: "قاعدة الحجيّة في القوانين الوضعيّة وعند شرّاحها نوع من الحُرمة يتمتّع بها الحكم القضائيّ، ويعتبر بمقتضاها متضمّنا قرينة لا تقبل الدّليل العكسيّ على أنّه صدر صحيحا من حيث إجراءاته، وأنّ ما قُضي به هو الحقّ بعينه من حيث الموضوع" (**حجيّة الحكم القضائيّ**...العدد3، ص136).

(4) رمزي سيف، **الوسيط في قانون المرافعات المدنيّة والتّجاريّة**، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، مصر، ط5، 1964م، ص735-736.

وعلى الاستنباط المعتمد (التّمسّك بالشّيء المقضيّ فيه في الحادث من الوقائع والقضايا)، واتّصاف الحكم بهذه الصّفة هو الذي يمنح الحكم القضائيّ احتراما من طرف المحاكم بعدم الخوض في موضوع النّزاع المفصول فيه من جديد، والتّسليم بما قضى به الحكم بين الخصوم، وهو ما سبق الإشارة إليه في الأثر الإيجابيّ والسّلبيّ للحجيّة.

وقد يغيب أحيانا الأثر الإيجابيّ للحجّية عن أذهان المشتغلين بهذا الموضوع، فيجعلون أثر الحجّية مقتصرا على صورة الدّفع بعدم قبول الدّعوى كما يتّضح ذلك من خلال التّعريف محلّ الدّراسة والشّرح[1]، ولعلّ ذلك يظهر كما وضّح السّنهوري[2] في التّفريق بين الدّفع بحجّية الأمر المقضيّ والتّمسّك بها[3].

فإنّ الدّفع بحجّية الأمر المقضيّ يظهر بجلاء في الدّفع برفض الدّعوى لسبق الفصل فيها، وهو كما سبق بيانه دفع موضوعيّ يهدف إلى عدم قبول الدّعوى الجديدة يتمسّك بها المّدعى عليه، بينما التّمسّك بحجّية الأمر المقضيّ يظهر بجلاء في رفع دعوى مستجدّة مؤسّسة على حكم حائز على الحجّية يتمسك به المدّعي لا المدّعى عليه.

ولهذا فإذا صدر حكم بتقرير الملكيّة لــ" إبراهيم" وإلزام " أحمد" بردّ العين الّتي اغتصبها إلى مالكها، فلا يجوز بعد صدور هذا الحكم أن يقوم "أحمد" برفع دعوى على " إبراهيم" يدّعي فيها ملكيّة ذات العين، فإن تمّ رفع مثل هذه الدّعوى فإنّها تكون خليقة بالرّفض، وكذلك إذا رفع "إبراهيم" دعوى على "أحمد"

---

(1) يذكر التّعريف بأن الحجّية هي"القرينة المطلقة الدالّة على الحقيقة **وبموجبها فإنّ الوقائع الثّابتة والحقوق التي اعترف بها الحكـــم لا يمكن المجادلة فيها من جديد،** لا أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم ولا أمام أي محكمة أخرى" وواضح أنّ التّعريف قصر الأثر على عدم إمكانية طرح النّزاع في المسألة المحكوم فيها، وهو صورة الدّفع بعدم قبول الدّعوى لسبق الفصل فيها وهي الأثر السلبيّ، ولهذا فيعيب بعض المؤلّفين على بعض الشرّاح الفرنسيين أنهم يقصرون في نظرتهم إلى أثر الحجّية على صورة الدّفع بعدم قبول الدّعوى لسبق الفصـــل فيها، على نقيض الفقه الألماني الذي يولي الأثر الإيجابيّ اهتمامه. (انظر: إدوار غالي الدهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص 55).

(2) عبد الرزّاق بن أحمد، ولد بالإسكندريّة سنة 1895م، تحصّل على شهادتي دكتوراه واحدة في العلوم القانونيّة والأخـــرى في العلـــوم الاقتصاديّة والسياسيّة، تقلّد وظائف عدّة منها التّدريس بكليّة الحقوق وعمادتها، ثمّ اشتغل بالقضاء، عيّن وزيرا للمعارف سنة 1945م، ثمّ رئيسا لمجلس الدّولة، من واضعي القانون المصريّ الجديد، كما ساهم في وضع القوانين المدنيّة في بعض الدّول العربيّة كـــالعراق، ســـوريا، ليبيا...،من مؤلّفاته "القيود التّعاقديّة في حريّة العمل" و"الخلافة الإسلاميّة وتطوّرها لتصبح عصبة أمم شرقيّة" و"نظريّة العقد" و"الـــوجيز في شرح القانون المدنيّ الجديد" وغيرها، توفّي سنة 1971م. (انظر: محمّد رجب البيومي، **عبد الرّزاق السّنهوريّ**، مقال منشور **بموســـوعة أعلام الفكر الإسلاميّ**، وزارة الأوقاف، القاهرة، مصر، 1428هـــ-2007م، ص668-671)

(3) انظر: **الوسيط**...ج2ص 635-638. حيث يقول: "وقد أخذ الفقه أخيرا يميّز، في حجّية الأمر المقضيّ، بين الدّفع بهذه الحجّيـــة وبين التمسّك بها، فهذان شيئان منفصلان الأوّل هو كما رأينا دفع موضوعيّ يهدف إلى عدم قبول الدّعوى الجديدة والمدّعى عليه هـــو الّذي يدفع به هذه الدعوى، أما الثّاني فليس بدفع، بل هي حجّية الأمر المقضيّ ذاتها يتمسّك بها المدّعي في دعوى يقيمهـــا هـــو" (ج2 ص636).

يطالب فيها بالتّعويض عن الأضرار الّتي أحدثها في العين فليس للمحكمة البحث في ملكيّة "إبراهيم" للعين أم لا، بل تعتبرها مسألة مقرّرة بالحكم الأوّل[1].

كما أنّ هذه الصّفة –وهي الحجيّة– تثبت لجميع الأحكام القضائيّة القطعيّة الفاصلة في الموضوع ولو كانت ابتدائيّة، وتبقى ببقاء الحكم، فإذا طُعن في الحكم وصدر فيه حكم جديد زالت حجيّة الحكم الأوّل وبدأت حجيّة الحكم الجديد.

والآن بعد التّعرض لمفهوم الحجيّة عند فقهاء القانون الوضعيّ يمكن الوقوف على مدار فكرة الحجيّة فيه كخلاصة لهذا المطلب في عناصر أساسيّة هي:

1. أنّ الحكم القضائيّ يكتسب حجيّة بمجرد صدوره، هذه الحجيّة تمثّل نوعا من الحُرمة يتمتّع بها الحكم القضائيّ سواء أكان نهائيّا أم ابتدائيّا، حضوريّا أم غيابيّا.
2. أنّ الوقائع المثبتة والحقوق المعترف بها في الحكم القضائيّ ذي الحجيّة تعتبر مسلّمات يجب الإذعان لها وعدم المنازعة فيها.
3. أنّ الحكم القضائيّ ذو حجيّة يعتبر بمقتضاها متضمّنا قرينة لا تقبل الدّليل العكسيّ على أنّه صدر صحيحا، وأنّ ما قضي به هو الحقّ بعينه.
4. أنّ حجية الحكم القضائيّ لا تمنع من الطّعن في الحكم بأحد الطرق العاديّة أو الاستثنائيّة.
5. أنّها تُلزم القاضي الأخذ بها ولا تسعى إلى إقناعه، كما أنّها ترتبط بالحكم دون الواقعة، وهي لا تنتقض بدليل نفي مقابل.
6. أنّها يترتب عنها عدم جواز البحث في سلامة الحكم، وضرورة ترتيب آثاره عليه.
7. أنّها تمنع الخصوم من تجديد النّزاع بدعوى مبتدأة أو رفع دعوى ببطلان الحكم الذي ثبتت له الحجيّة، وتعطي الحقّ في الدّفع برفض الدّعوى لسابقة الفصل في الموضوع.
8. أنّها تمنح حقّ التمسّك بها في رفع دعوى مستجدة في نزاع جديد.

وخلاصة هذه العناصر جميعا ما يتردّد في عبارات المشتغلين من القانونيين بموضوع الحجيّة بأنّ الحكم يُحمل على أنه قضى بالحقّ، وما تضمّنه صحيح، وأنّه لا يجوز التنكّر لهذه الحجيّة من طرف القاضي الّذي أصدره أو غيره، وهذا بالتّسليم بما قضى به الحكم، وعدم التّعرض له بالتّغيير والتّبديل ولو بطلب الخصوم أنفسهم.

(1) انظر: فتحي والي، **الوسيط**...ص162.

خلاصة مقارنة

المتأمّل في مفهوم حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ يلحظ مجالا واسعا للتّوافق في تحديد معناه ومضامينه، مع وجود بعض الاختلاف المهمّ، ويمكن ملاحظة ذلك كما يلي:

1- أنّ حجيّة الحكم القضائيّ تقوم في كلّ من فقه الشّريعة الإسلاميّة وفقه القانون الوضعيّ على افتراض صحّته وإصابته الحقيقة، ويظهر ذلك في فقه الشّريعة في قاعدة "الظّاهر من أحكام القضاء نفوذها على الصحّة"، والّتي تدلّ على ضرورة حمل الحكم القضائيّ على احتمال إصابته الحقيقة الواقعيّة تغليبا لاحتمال الصّواب ما دام صادرا عن قاض مستوف لشروط القضاء وسَلَكَ قواعد الشّريعة في الإجراءات، ولهذا كان اتّصال اجتهاد القاضي بالقضاء مرجّحا لما اعتمده من اجتهاد بغضّ النّظر عمّا في المسألة من خلاف[1].

وكذلك فإنّ القانون الوضعيّ يقيم الحجيّة على قرينة إصابة الحكم القضائيّ للحقيقة الواقعة، بحيث تكون الوقائع الثّابتة فيه والحقوق المعترف بها مسلّمة غير قابلة للمنازعة، وهذا الأمر قائم على الغالب الأعمّ من حال القضاء، وسواء اعتبرنا حجيّة الحكم القضائيّ هي ذاتها القرينة أو قاعدة موضوعيّة تتضمّن قرينة، فإنّ التّسليم بحجيّة الحكم القضائيّ يحتوي تسليما ضمنيّا بثبوت وصحّة ما قُضي به في الحكم القضائيّ[2].

2- أنّ حجيّة الحكم القضائيّ في كلّ من فقه الشّريعة الإسلاميّة وفقه القانون الوضعيّ تفرض عدم المنازعة فيما أثبته الحكم من وقائع وحقوق، سواء من المحكمة مصدرة الحكم أو غيرها من المحاكم أو من الخصوم أنفسهم، ويظهر هذا في فقه الشّريعة في القاعدة السّابقة حيث تتضمّن نفوذ الحكم القضائيّ، بمعنى أن يكون حجّة يُصار إليها فيما حكم به، بأن يتمسّك المحكوم له بالحكم وينفذه على المحكوم عليه، ويلتزم به القاضي مصدر الحكم وغيره من القضاة فيما يُستقبل من الدّعاوى، كما يظهر في قاعدة "عدم نقض الأحكام القضائيّة" وهذا بعدم تعرّض القضاة لما سبق الحكم به.

وكذلك فإنّ القانون الوضعي يجعل مضمون الحجيّة هو عدم المنازعة فيما قضى به الحكم القضائيّ بحيث يلتزم القاضي مصدر الحكم وغيره من القضاة عدم البحث في سلامة الحكم ويلزمهم ترتيب آثاره، ويلتزم الخصوم بعدم تجديد النّزاع فيما قضى به الحكم وإلاّ رُفضت دعواهم بسبق الفصل، كما يمتنع عليهم رفع دعوى ببطلان الحكم الذّي ثبتت له الحجيّة.

---

(1) الزيلعي، **تبيين الحقائق**... ج4 ص188.

(2) أدرج القانون المدني الجزائري الحجيّة ضمن القرائن القانونيّة، ونصّ صراحة على اعتبارها كذلك في المادة 338 في عبـارة "....ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة"، كما أدرج المشرّع الفرنسيّ الحجيّة في المادة 1351 من القانون المدنيّ تحت فصل القرائن القانونيّة.

3- إنّ إضفاء الحجيّة على الحكم القضائيّ ما دام مؤسّسا على ترجيح احتمال إصابته للحقيقة وقضائه بالصّواب لا يمنع من مراجعته، بل وإلغاؤه ونقضه متى قام الدّليل القويّ على تنكّبه عن جادّة الطريق، ذلك أنّ تغليب احتمال صواب الحكم القضائيّ وإصابته الحقّ بعينه في الموضوع قائم على ما توفّره الشّريعة والقانون من ضمانات تتمثّل في كفاءة القاضي ونزاهته وسلوكه الإجراءات المحدّدة والتزامه القواعد القانونيّة الموضوعيّة في بحث موضوع الدّعوى والبتّ فيه.

إلاّ أنّ تحكّم القصور في القاضي كإنسان تعتريه الغفلة وتتجاذبه الأهواء وتخفى عليه دقائق العلم جعلت كلاّ من الشّريعة والقانون الوضعيّ يمنحان إمكانيّة إبطال هذه الحجيّة ونقضها، فأمّا الشّريعة الإسلاميّة فقد قيّدت حيازة الأحكام للحجيّة بعدم مخالفتها لها، وهذا بعدم مخالفة نصوص القرآن والسنّة ومواضع الإجماع وصدوره ممّن هو أهل للقضاء، ولهذا فمتى كان الحكم القضائيّ مخالفا لثوابت الشّريعة أو صادرا ممّن ليس أهلا للقضاء كان واجب القضاة نقض مثل هذا الحكم وإهدار ما حازه في الظّاهر من حجيّة، وهم بذلك لا ينقضونه حقيقة وإنّما يظهرون كونه عدما من الأساس كما قال الخطيب الشّربيني "...في تعبيرهم بنقض أو انتقض مسامحة، إذ المراد أن الحكم لم يصلح من أصله"[1].

ولئن تسامح فقهاء الشّريعة في نقض الأحكام القضائيّة الصّادرة عن القضاة غير المستوفين لشروط القضاء إذا كانت صائبة لعدم الفائدة من نقضها بوصول الحقّ إلى مستحقّه ولمصلحة استقرار المراكز الشرعيّة فإنّهم لم يتسامحوا في نقض الأحكام القضائيّة المخالفة لنصوص القرآن والسنّة ومواضع الإجماع، وكيف لهم أن يتسامحوا وهي منكر واجب الإزالة وضلال يجب بيان بطلانه إحقاقا للحقّ الذّي قامت عليه أصول الشّريعة وفروعها!؟

وأمّا القانون الوضعيّ فقد احتاط لما يمكن أن يقع في الحكم القضائيّ من خطأ وهذا بواسطة إتاحة فرصة الطّعن فيه، وبذلك فإنّ حيازته للحجيّة لا تكون مانعا من مراجعته وبالتّالي فإنّه متى تبيّن ما فيه من خطأ حُكم بإلغائه وزالت حجيّته بصدور الحكم الجديد، إلاّ أنّه متى انقضت مواعيد الطّعن أو استنفذت طرقه تحصّن الحكم وتأبّدت حجيّته[2].

(1) مغني المحتاج... ج4 ص396. يقول محمّد نعيم ياسين: "في القوانين الوضعية لا سبيل إلى إبطال حكم قضائيّ إذا صدر مستوفيا لشروطه من حيث الشّكل، حتّى وإن تبيّن بالدلائل القطعيّة تنكّبه عن طريق الحقّ، ولكن يخفّف من هذا المسلك القانوني المتشدّد في إضفاء الاحترام الزّائد على الأحكام القضائيّة النّظام الوضعيّ المتّبع في التّقاضي حيث يتيح الفرصة أمام المتخاصمين للتقاضي أكثر من مرّة في الخصومة الواحدة" (**حجيّة الحكم القضائيّ**...العدد3، ص136).

(2) راجع حق الطّعن في الأحكام القضائيّة ص 476-481 من هذا البحث.

والحقيقة أنّ القانون الوضعيّ رغم ما يعتمده من تحصّن للأحكام القضائيّة بصيرورتها غير قابلة للطّعن بأيّ شكل من أشكال الطّعن بانقضاء مواعيد الطّعن أو استنفادها ممّا يعني عدم إمكانيّة المساس بما حازته من حجيّة مهما تضمّن من خطأ إجرائي أو موضوعي[1] فإنّ هذه الحجيّة تكون لغير الأحكام المنعدمة لأنّ الحكم المعدوم لا وجود له في نظر القانون ولو وُجد عمليًا في صورة صحيفة الحكم، ويعتبر القرار الذّي يبيّن انعدام الحكم غير منشئ للانعدام وإنّما يقرّر عدم وجود الحكم أصلا في نظر القانون.

ويكون طلب تقرير انعدام الحكم حسبما يختاره صاحب المصلحة بواسطة دعوى مبتدأة بطلب الحكم بانعدام الإجراء، أو الدّفع بالانعدام في كلّ خصومة يُتمسّك فيها بهذا الحكم من طرف كلّ ذي مصلحة، أو بالطّعن فيه، أو بالإشكال في التّنفيذ، وللقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، ويجوز التمسّك بالانعدام ولو بعد فوات ميعاد الطّعن[2].

وهكذا يتوضّح أنّ حيازة الحكم القضائيّ للحجيّة في القانون الوضعيّ مشروط بأن لا يكون قد أصابه عيب جسيم أفقده صفته كحكم، وذلك أنّ الحكم القضائيّ المعدوم لا يجوز حجيّة ويجوز للخصوم الدّفع بانعدامه في الدّعاوى الجديدة.

إلاّ أنّ تقسيم الأحكام إلى أحكام صحيحة وباطلة ومنعدمة يقوم على مراعاة قواعد إجرائيّة معيّنة لا قواعد موضوعيّة، وبالتّالي فإنّه متى روعيت تلك القواعد كان الحكم صحيحا ولو كان ما قضى به الحكم القضائي مخالفا للقانون من النّاحية الموضوعيّة.

ويترتّب عمّا تقدّم أنّه بينما تعتبر الشّريعة الإسلاميّة الحكم القضائيّ المتنكّب عن صراطها بمخالفته نصوصها الصّريحة ومواضع الإجماع حكما منعدما يجب إظهار بطلانه ولا يحوز الحجيّة ، فإنّ القانون الوضعيّ يتيح للأحكام القضائيّة متى صدرت مستوفية للقواعد الإجرائيّة اللاّزمة أن تحوز الحجيّة ولو خالفت القواعد الموضوعيّة.

---

(1) انظر تحصّن الأحكام القضائيّة على الطّعن ص 481-485 من هذا البحث.

(2) نبيل إسماعيل عمر، **النّظام القانوني للحكم القضائي في قانون المرافعات المدنيّة والتّجاريّة**، دار الجامعة الجديدة للنّشر، الإسكندريّة، مصر، ط1، 2006م، ص207؛ عبد الحكم فوده، **البطلان في المرافعات المدنيّة والتّجاريّة**، دار المطبوعات الجامعيّة، الإسكندريّة، مصر، ط2، 1993م، ص36-37؛ أحمد هندي، **قانون المرافعات المدنيّة والتّجاريّة(الخصومة والحكم والطّعن)** دار الجامعة الجديدة للنّشر، الإسكندريّة، مصر، 1995م، ص585؛ إدوار غالي الذهبي، **حجيّة الحكم الجنائي**... ص183.

المبحث الثّاني: نشأة حجيّة الحكم القضائيّ وتمييزها عن الأنظمة المشابهة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يعتبر التّعرّض لنشأة حجيّة الحكم القضائيّ وتمييزها عن الأنظمة المشابهة استكمالا لتوضيح مفهومها وهذا بمعرفة كيف نشأت وتطوّرت في كلّ من الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ، وتمييزها عمّا يمكن أن يشبهها من أنظمة وأوصاف تتعلّق بالحكم القضائيّ.

ويعود وضع المبادئ والقواعد والنّظم القانونيّة كما هي عليه الآن إلى مراحل سابقة نشأت فيها تلك المبادئ والقواعد والنّظم والأفكار وتطوّرت مع تطوّر الفكر القانونيّ وحركة التّشريع، إلاّ أنّه اختلف الأمر بين الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ في الصّورة الّتي نشأت عليها حجيّة الحكم القضائيّ وظهرت للوجود.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّه تنسب للحكم صفات مختلفة لاعتبارات متنوّعة تمثّل أنظمة تحدّد ما للحكم من حصانة وحرمة سواء من حيث مكنة المحكمة في معاودة نظر القضيّة وهو ما يسمّى بنظام استنفاد المحكمة لولايتها، أو من حيث حصانة الحكم عن الطّعن وهو ما يسمّى بنظام قوّة الأمر المقضيّ، أو من حيث قابليّة الحكم للتّنفيذ وهو ما يسمّى بنظام القوّة التنفيذيّة للحكم، أو من حيث قدرته على الإثبات وهو ما يسمّى بالقوّة الثبوتيّة للحكم، والحقيقة أنّ هذه التّسميات ابتدعها القانون الوضعيّ حتّى يميّز بين الآثار المختلفة والمفاعيل المتنوّعة للحكم القضائيّ إلاّ أنّ هذا لا يعني أنّ الشّريعة الإسلاميّة لم تعرفها، بل إنّ أقدم النّصوص الفقهيّة لا تخلو من الإشارة إلى هذه الآثار والأنظمة ولو تحت تسميات أخرى، سواء أوافقت القانون الوضعيّ فيما يعتمده أم خالفته في بعض التّفاصيل.

ونظرا لأهمّيّة هذه الأنظمة وشدّة مشابهتها لنظام الحجيّة، ولما لها في الشّريعة الإسلاميّة من خصوصيّة آثرت أن أتبع ما سبق ذكره من مفهوم الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ ببيان تميّز الحجيّة عنها، مشيرا إلى وجودها وأوجه تميّزها في الشّريعة الإسلاميّة، فاستقرّ هذا المبحث في مطلبين على النّحو التّالي:

المطلب الأوّل: نشأة وتطوّر حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الثّاني: تمييز حجيّة الحكم القضائيّ عن الأنظمة المشابهة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الأوّل: نشأة وتطوّر حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

خلافا للقانون الوضعيّ الّذي تحوّرت فيه حجيّة الحكم القضائيّ ونضجت عبر مراحل تاريخيّة متعاقبة أسهمت في استقرارها وتبلورها فإنّها في ظلّ الشّريعة الإسلاميّة ظهرت من البداية واضحة قويّة وصريحة، وهو ما يدعوني إلى التّعرّض لهذا الأمر بشكل مختصر في فرعين كالتّالي:

الفرع الأوّل: نشأة وتطوّر حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

الفرع الثّاني: نشأة وتطوّر حجيّة الحكم القضائيّ في القانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: نشأة وتطوّر حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

أوّلا: نشأة حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

رغم أنّ الشّريعة الإسلاميّة سلكت سبيل التدرّج في كثير من المبادئ والقواعد الّتي وضعتها وألزمت بها المكلّفين سواء في جانب العبادات أم المعاملات، وذلك تيسيرا على النّاس وتمكينا لهم على فهم التّشريع والاستجابة له[1] إلاّ أنّ ذلك لم يكن ديدنها في كلّ ما أمرت به أو نهت عنه أو قرّرته من المبادئ.

فإضافة إلى أصول الاعتقاد والأخلاق الّتي جاءت صريحة قاطعة نهائيّة منذ بدايات النّزول فكذلك الأمر بالنسبة لجملة من مبادئ التّشريع وقواعده، ومن ذلك حجيّة الحكم القضائيّ، خاصّة وأنّ النبيّ ﷺ منذ أن هاجر للمدينة وانتصب للمسلمين قاضيا كان يجمع مع القضاء التّشريع، فكان يحكم بين النّاس في منازعاتهم جامعا أوصاف النبيّ والمشرّع والقاضي، وكان الانصياع لحكمه والإذعان الخالص له دليل الإيمان، وليس أدلّ على ذلك من قوله تعالى: ([illegible])[2]، فإنّ الرّضا بحكم النبيّ ﷺ وقضائه حتّى لا يجد المقضيّ عليه حرجا ويسلّم تسليما هو شرط ودليل الإيمان.

---

(1) محمّد الخضري بك، **تاريخ التّشريع الإسلاميّ**، دار اشريفة للطّباعة والنّشر، الجزائر، ص19–21؛ منّاع القطّان، **التّشريع والفقه في الإسلام تاريخا ومنهجا**، مؤسسة الرّسالة، بيروت، لبنان، ط6، 1406 هـ- 1985م، ص52-56.

(2) **سورة النّساء**، الآية65. سيأتي توضيح دلالة الآية على الحجيّة ص91-95 من هذا البحث.

فلا يتأتّى بعد ذلك لأحدهم أن يرفع دعوى مبتدأة بتراع قد فصل فيه النبيّ القاضي وإلاّ كان ذلك عدم تسليم بالحكم، كما لا يتأتّى للمدّعى عليه أن يعترض على المدّعي الّذي يتمسّك بحكم سابق أضحى عنوان الحقيقة ليستصدر به حكما جديدا بدعوى جديدة.

وفي تفسير قوله تعالى: ([illegible]) قال ابن كثير[1]:"أي إذا حكّموك يطيعونك في بواطنهم فلا يجدون في أنفسهم حرجا ممّا حكمت به، وينقادون له في الظّاهر والباطن، فيسلّمون لذلك تسليما كليّا من غير ممانعة ولا مدافعة ولا منازعة"[2]، فكان ذلك ميلاد الاحترام والحصانة الواجبتين للحكم القضائيّ، ومنشأ حجيّة الحكم القضائيّ الّتي لا تعدو أن تتمحوّر حول هذا المعنى كما سيأتي بيانه في تعريفها.

كما تُعتبر النّصوص الدّالة على وجوب طاعة أولي الأمر المهد الطبيعيّ لنشوء فكرة حجيّة الحكم القضائيّ، ذلك أنّ القاضي هو في نظر الشّريعة من أولياء الأمور الّذين تجب طاعتهم، وإنّما يكون ذلك بتوفير الحصانة اللاّزمة لحكمه وبذل الاحترام والطّاعة له ما دام حكمه غير متنكّب عن صراط الشّريعة ومنهجها.

من أظهر تلك النّصوص قوله تعالى: ([illegible])[3]، قال الشّوكانيّ[4]شارحا للآية: "لّما أمر سبحانه القضاة

---

(1) هو أبو الفداء إسماعيل بن الخطيب شهاب الدّين أبو حفص عمر عماد الدّين القرشيّ الشافعيّ، ولد سنة 701هـ، أخذ العلم عن ابن تيميّة، برع في الفقه والتّفسير والنّحو، يعتبر تفسيره من أشهر ما دوّن في التّفسير بالمأثور، من أهمّ مؤلّفاته "البداية والنّهاية في التّاريخ"، جامع المسانيد" و"الطّبقات" و"علوم الحديث" و"الفصول في سيرة الرّسول"، توفي سنة 774هجريّة (انظر: عبد الحيّ الفرماوي، **ابن كثير الدّمشقيّ**، مقال منشور **بموسوعة أعلام الفكر الإسلاميّ**، ص847-848)

(2) **تفسير القرآن العظيم**، دار إحياء التّراث العربيّ، بيروت، لبنان، ج10 ص127.

(3) **سورة النّساء**، الآية 59.

(4) هو محمّد بن عليّ بن عبد اللّه، فقيه مجتهد، ولد باليمن سنة 1173هجريّة، ونشأ بها، وولي قضاءها، كان مفسّرا ومحدّثا وأصوليّا ومؤرّخا وأديبا، من مؤلفاته " نيل الأوطار" و"إرشاد الفحول إلى تحقيق الحقّ من علم الأصول" و"السّيل الجرّار المتدفّق على حدائق الأزهار" و"القول المفيد في أدلّة الاجتهاد والتّقليد"، توفي سنة 1255هـ) (انظر: الزّركليّ، **الأعلام**، ج6ص298)

والولاة إذا حكموا بين النّاس أن يحكموا بالحقّ، أمر النّاس بطاعتهم هاهنا...وأولي الأمر هم الأئمّة والسّلاطين والقضاة وكلّ من كانت له ولاية شرعيّة"[1].

بل إنّ جوهر الحجيّة المتمثّل فيما يجب أن يحوزه الحكم القضائيّ من احترام يستمد وجوده من تحقّق الطّاعة المأمور بها والّتي عُرّفت بأنّها بذل الامتثال للحاكم ظاهرا وباطنا لأوامره ونواهيه ما لم يكن معصية[2].

وقد توجّه الحديث صراحة إلى القضاة بالامتناع عن التّعرّض لمسألة سبق لهم الحكم فيها في قوله ﷺ: "لا يقضينّ أحد في قضاء بقضائين..."[3]، فقد نهى في الحديث عن أن يتصدّى القاضي للمسألة الّتي سبق له الحكم فيها حتّى لا يترتّب عن قضائه الثّاني أن يصبح في المسألة قضاءان أو حكمان، ولا يكون هناك قضاءان إلاّ إذا كانا مختلفين، فدلّ ذلك على أنّه متى تجدّدت الخصومة في المسألة المتنازع فيها بين نفس الخصوم أمام القاضي فإنّ واجبه أن يمتنع عن نظرها والحكم فيها لما حازه الحكم الأوّل من احترام ووجوب اتّباع وتسليم من القاضي والخصوم على السّواء.

فتبيّن ممّا تقدّم أنّ نشأة الحجيّة الّتي تعني احترام الحكم القضائيّ وعدم تجديد المنازعة في المسألة المقضيّ فيها ولدت مع بواكير النّظام القضائيّ الإسلاميّ متمثّلة في مصادره الأساسيّة وهي القرآن والسنّة النبويّة المطهّرة.

ثانيا: تطوّر حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

استوعب الصّحابة رضوان الله عليهم حجيّة الحكم القضائيّ، فلم يكن أحدهم يبخس الأحكام القضائيّة حقّها من الاحترام والحصانة ووجوب التّسليم، ولم يكن أحدهم يردّ قضاء نفسه أو غيره فيما يحتمل الاجتهاد والرّأي ولو اعتقد أنّ الحكم الأوّل مبنيّ على اجتهاد خاطئ.

من ذلك أنّ عمرا رضي الله عنه قضى في المسألة المشتركة بحكم، ثمّ عاد فقضى بغيره في العام الموالي في مسألة شبيهة دون أن ينقض حكمه الأوّل، فلمّا أنكر بعضهم عليه قال: " تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا"[1]، قال

---

(1) **فتح القدير**، دار الكتب العلميّة، بيروت ، لبنان، ط1، 1415هـ-1994م، ج1ص608.

(2) (ابن جماعة) بدر الدّين محمّد بن إبراهيم (ت733هـ)، **تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام**، تحقيق أحمد فريد المزيدي ومحمّد حسن إسماعيل الشّافعيّ، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ-2003م، ص61.

(3) رواه النّسائيّ عن أبي بكرة رضي الله عنه، (أبو عبد الرّحمان بن شعيب (ت303هـ)، **السّنن الكبرى**، ح 5939، كتاب القضاء، باب النّهي عن أن يقضي في قضاء بقضائين، ج3 ص482، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ج3ص482) قال الألباني: "إسناده صحيح ورجاله ثقات" (محمّد ناصر الدّين(ت1420هـ- 1999م)، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السّبيل**، ط2، 1985م، بيروت، لبنان، ج3 ص1102.

(1) عن الحكم بن مسعود الثّقفي قال: "شهدت عمر رضي الله عنه أشرك الإخوة من الأب والأم مع الإخوة من الأم في الثّلث، فقال له رجل: لقد قضيتَ عام أوّلَ بغير هذا، قال: فكيف قضيت؟ قال: جعلته للإخوة من الأب والأم، ولم تجعل للإخوة من الأم شيئا، قال: "**تلك على**

ابن قيّم الجوزية[1] تعليقا على الرّواية: "فأخذ أمير المؤمنين في كلا الاجتهادين بما ظهر له أنّه الحقّ، و لم يمنعه القضاء الأوّل من الرجوع إلى الثّاني، و لم ينقض الأوّل بالثّاني، فجرى أئمة الإسلام بعده على هذين الأصلين"[2].

كما أنّ عليّا[3] رضي الله عنه لم ينقض حكم غيره في قضية أهل نجران وقال لهم: "والله لا أردّ شيئا ممّا صنعه عمر رضي الله عنه"[4]، و لم يردّ معاوية[5] رضي الله عنه قضاء عليّ حينما عُرض عليه قصد إبطاله، وقال لمن عرض عليه: "قد أجزنا قضاءه عليك، أو قال: ما كنّا نردّ قضاء قضاه عليك"[1].

ما قضينا وهذه على ما قضينا" (البيهقيّ أحمد بن الحسين بن عليّ بن أبي بكر (ت458 هـ)، **السنن الكبرى**، كتاب آداب القاضي، باب من اجتهد من الحكّام ثمّ تغيّر اجتهاده، ح20817، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج15 ص104).

(1) هو شمس الدّين أبو عبد الله محمّد بن أبي بكر بن أيّوب بن سعد الزّرعيّ الدّمشقيّ الحنبليّ، فقيه وأصوليّ ومفسّر ونحويّ، أخذ عن شيخه ابن تيميّة ولازمه، توفّي بدمشق سنة 751هـ، من مؤلّفاته "زاد المعاد" و"تهذيب سنن أبي داود" و"شرح منازل السّائرين" (انظر: ابن العماد ، **شذرات الذّهب**...ج6ص168)

(2) ابن قيّم محمّد بن أبي بكر بن أيّوب بن سعد الزّرعيّ الدّمشقيّ أبو عبد الله شمس الدّين (ت750هـ)، **إعلام الموقعين عن ربّ العالمين**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ج1 ص87.

(3) هو عليّ بن أبي طالب بن عبد المطّلب بن هاشم بن عمّ النبيّ ﷺ، أحد المبشّرين بالجنّة، رابع الخلفاء الرّاشدين، استُشهد سنة 40 هجريّة على يد عبد الرّحمان بن ملجم (انظر: ابن الأثير، **أسد الغابة**...طبعة طهران، ج4ص16؛ النّميري، **الاستيعاب**...ج3ص26)

(4) روى عبد خير قال: "كنت قريبا من عليّ حين جاءه أهل نجران، قال: قلت: إن كان ردّا على عمر شيئا فاليوم، قال: فسلّموا واصطفوا بين يديه، قال: ثمّ أدخل بعضهم يده في كمّه فأخرج كتابا فوضعه في يدي عليّ، قالوا: يا أمير المؤمنين خطّك بيمينك وإملاء رسول الله ﷺ عليك، قال فرأيت عليّا وقد جرت الدّموع على خده، قال: ثم رفع رأسه إليهم، فقال: يا أهل نجران إنّ هذا لآخر كتاب كتبته بين يدي رسول الله ﷺ، قالوا: فأعطنا ما فيه، قال: سأخبركم عن ذاك، إنّ الّذي أخذ منكم عمر لم يأخذه لنفسه، إنما أخذه لجماعة من المسلمين، وكان الّذي أخذ منكم خيرا مما أعطاكم،.والله لا أردّ شيئا مما صنعه عمر ، إن عمر رضي الله عنه كان رشيد الأمر" (أخرجه البيهقي، **السّنن الكبرى**، كتاب آداب القاضي، باب من اجتهد من الحكّام ثمّ تغيّر اجتهاده أو اجتهاد غيره، ح20819، ج15 ص105).

(5) هو مُعَاوِيَةُ بن صَخْر بن حَرْب بن أُميَّة بن عبد شمس بن عبد مناف القُرَشي الأمَوي، وهو معاوية بن أبي سفيان وأُمه هند بنت عُتْبَة بن ربيعة بن عبد شمس، وكنيته أبو عبد الرّحمان، أسلم في الفتح، وكان معاوية يقول: إنه أسلم عام القَضِية، شهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلّم حُنيناً، وكان هو وأبوه من المؤلفة قلوبهم، وحسن إسلامهما، وكتب لرسول الله، كان واليا لعمر في الشّام، فلما استخْلِفَ عثمان جمع له الشام جميعه، و لم يزل كذلك إلى أن قُتِل عثمان، فانفرد بالشام، و لم يبايع علياً، وأظهر الطلب بدم عثمان، فكان وقعة صفين بينه وبين علي، بقي خليفة عشرين سنة، وأميراً عشرين سنة، وتوفي سنة ستين للهجرة وهو ابن ثمان وسبعين سنة (انظر: ابن الأثير، نفسه، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997م، ج4ص155).

(1) روى البيهقي عن أبي حسان أن العبّاس بن خَرشة الكلابيّ، قال له بنو عمّه، وبنو عمّ امرأته: إن امرأتك لا تحبّك، فإن أحببت أن تعلم ذلك فخيّرها، فقال يا برزة بنت الحُرّ، اختاري، فقالت: ويحك اخترتُ، ولستَ بخيار، قالت ذلك ثلاث مرات، فقالوا: حرمت عليك، فقال كذبتم، فأتى عليّا رضي الله عنه فذكر ذلك له، فقال: لئن قربتها حتى تنكح زوجا غيرك لأغيّبنّك بالحجارة، أو قال: أرضخك

وكذلك فعل من بعدهم عبد الملك بن مروان[1] حيث رفض ردّ قضاء عبد الله بن الزّبير[2] رضي الله عنه وبعث لواليه على المدينة المنوّرة بكتاب جاء فيه: "... فإذا جاءك كتابي هذا فامض ما كان قضى ابن الزّبير ولا تردّه، فإنّ نقضنا القضاء عناء معنيّ"[3].

ثمّ إنّ فقهاء الإسلام وأتباعهم تلقّفوا المبدأ واستوعبوه، وصاغوا القواعد المتولّدة عنه، ورتّبوا آثاره، من أهمّها أنّهم وضعوا في علم القضاء الإسلاميّ قاعدة مفادها "حمل أحكام القضاء على الصحّة"، كما أنّهم منعوا نقض أحكام القضاء وإبطالها، ورتّبوا على ذلك وجوب تنفيذها والتّمسّك بها [4].

إلاّ أنّ ما يجب الإشارة إليه أنّ حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة نشأت مشروطة بشرط جوهريّ وهو عدم مخالفة الحكم القضائيّ لأحكام الشّريعة[1]، فإنّ الحكم القضائيّ يحوز الحجيّة ويكون محلّ احترام وإذعان ما كان ملتزما بأحكام الشّريعة وقواعدها، فإن خالف أحكامها كان في حكم العدم، فلم يحز

بالحجارة، قال: فلمّا استُخلف معاوية رضي الله عنه أتاه، فقال: إن أبا تراب فرّق بيني وبين امرأتي بكذا وكذا، قال: "**أجزنا قضاءه عليك**"، أو قال: "**ما كنّا لنردّ قضاء قضاه عليك**" (نفسه، ح20820).

(1) عَبْدُ المَلِكِ بنُ مَرْوَانَ بنِ الحَكَمِ بنِ أبـي العَاصِ بنِ أُمَيَّة القُرَشِي الأُمَوِي، بويع له بالخلافة بعد أبيه مَرْوَان بن الحَكَم بعهدٍ منهُ، روى عن : جابر بن عبد الله، وعبد الله بن عُمر بن الخطاب، وغيرهم من الصّحابة، وهو أوَّل من سُمِّيَ في الإسلام عبد الملك، كان عابداً ناسكاً قبل الخلافة، ولد سنة ثلاث وعشرين، ملك ثلاث عشرة سنة وأربعة أشهر إلا ليلتين، ومات سنة ست وثمانين (انظر: (الشّيرازيّ) إبراهيم بن عليّ بن يوسف أبو إسحاق (ت476هـ)، **طبقات الفقهاء**، تحقيق إحسان عبّاس، دار الرّائد العربيّ، بيروت، لبنان، ط2، 1401هـ–1980م، ص62؛ (المِزّي) يوسف بن عبد الرّحمان بن يوسف أبو الحجّاج جمال الدّين ابن الزّكيّ أبو محمّد، **تهذيب الكمال**، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج11ص237)

(2) عَبْدُ الله بنُ الزُّبَيْر بن العَوَّام بن خُوَيْلِد بن أسَد بن عبد العُزَّى بن قُصَيّ ابن كِلاب بن مُرَّة القرشي الأسدي، وأُمه أسماءِ بنت أبي بكر، وهو أولُ مولود وُلِدَ في الإسلام بعد الهجرة للمهاجرين، وروى عن النبي أحاديث، وعن أبيه، وعن عمر، وعثمان، وغيرهما، غزا عبدُ الله بن الزبير إفريقيةَ مع عبد الله ابن سعد بن أبي سرح، وامتنع من بَيْعة يزيد بن معاوية بعد موت أبيه معاوية، وبقي ابنُ الزبير خليفةً إلى أن وَلِي عبد الملك بن مَرْوان بعد أبيه، فلما استقام له الشام ومصر جَهَز العساكر، سَيَّر الحجاج بن يوسف إلى الحجاز، فحصر عبد الله بن الزبير بمكة، سنة اثنتين وسبعين، توفي سنة 73هجريّة (انظر: ابن الأثير، **أسد الغابة**...، طبعة بيروت، ج2 ص555)

(3) روى البيهقي أنّ أبان بن عثمان حين ولي المدينة في خلافة عبد الملك بن مروان، فأراد أن ينقض ما كان عبد الله بن الزبير قضى فيه، فكتب أبان بن عثمان في ذلك إلى عبد الملك، فكتب إليه عبد الملك: إنّا لم ننقم على ابن الزّبير ما كان يقضي به، ولكن نقمنا عليه ما كان أراد من الإمارة، فإذا جاءك كتابي هذا فامض ما كان قضى ابن الزبير ولا تردّه، فإنّ نقضنا القضاء عناء" **السنن الكبرى**، كتاب آداب القاضي، باب من اجتهد من الحكّام...ح20822، ج15 ص106.

(4) انظر: مفهوم حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة، ص 27–38 من هذا البحث.

(1) ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص62؛ ابن أبي الدّم، **أدب القضاء**، ص77؛ ابن قدامة، **المغني**، ج11 ص407؛ المرغيناني، **الهداية**، ج7ص300.

وجودا أصلا في ميزانها ناهيك أن يحوز حجيّة واحتراما، ذلك أنّ الحكم القضائيّ المخالف لأحكام القرآن والسنّة هو في نظر الشّريعة منكر، والمنكر واجب التّغيير، وتغييره أن ينقض، وعلى منوال عمر قعّد العلماء قاعدة وجوب نقض الحكم القضائيّ المخالف لنصوص الشّريعة استثناء من قاعدة عدم النّقض[1].

وقد سار الفقه والقضاء الحديث على نفس المنهج في اعتماد حجيّة الأحكام القضائيّة[2]، كما اعتمده الاجتهاد القضائيّ المعاصر المؤسّس على مراعاة قواعد الشّريعة[3]، كما جهد جملة من الباحثين المعاصرين في رسم معالم حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة متأثرين بما استقرّ عليه المبدأ في القانون الوضعيّ من اصطلاح وتفصيل، مجتهدين في مراعاة خصوصيّته في ظلّ الشّريعة الإسلاميّة[4].

والخلاصة أنّ حجيّة الحكم القضائيّ نشأت قويّة صريحة منذ وضعها من علاّم متين، ثمّ ترعرعت في ظلّ الاجتهاد الفقهيّ على اختلاف العصور، وهي وإن لم تُسمَّ بهذا الاسم في عهود الإسلام الأولى إلاّ أنّ مضمونها وفحواها وجد مع بواكير الهدي الرّباني والمحجّة السنيّة.

(1) انظر وجوب نقض الحكم القضائيّ المخالف لأحكام الشّريعة ص 36-37 من هذا البحث.

(2) من ذلك ما نصّت عليه المادّة 1837 من مجلّة الأحكام العدليّة حيث ورد فيها: "لا يجوز رؤية وسماع الدّعوى تكرارا الّتي حكم وصدر إعلام بها توفيقا لأصولها المشروعة أي الحكم الّذي كان موجودا فيه أسبابه وشروطه"، قال الشّارح :"لا يجوز للقاضي الّذي أصدر حكما في دعوى رؤية وسماع تلك الدّعوى تكرارا ...إذا كان الطّرفان هما ذاتهما في الدّعوى السّابقة ولم يضيفا شيئا على ادّعائهما ومدافعتهما السّابقة لأنّه لو جاز استماع الدّعوى ثانيا لجاز استماعها ثالثا ورابعا ممّا يوجب عدم استقرار الحكم كما أنّ استماع الدّعوى ثانيا والحكم بها كالأوّل ليس فيه من فائدة، بل يكون اشتغالا بالعبث" (علي حيدر، **درر الحكّام**...ج4ص684).

(3) من ذلك ما قرّرته المحكمة الاتّحاديّة العليا الإماراتية من أنّ "مبدأ حجيّة الحكم، وإن كان من القرائن القانونيّة القاطعة في الإثبات، وقاعدة أساسيّة من قواعد نظام القضاء تفيد وضع حدّ لتحديد الخصومات والمنازعات، إلاّ أنّه مبدأ معروف في الفقه الإسلاميّ" (جلسة بتاريخ 1976/4/7م، قضيّة رقم2، لسنة 3 مدني، نقلا عن: حسن بن أحمد الحمّادي، **نظريّة حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة**، الدّار العلميّة الدّوليّة للنّشر، دار الثّقافة للنّشر والتّوزيع، عمّان، الأردن، ط1، 2003م، ص71)، كما قضت محكمة النّقض المصريّة بأنّه "ولئن كان فقهاء الشّريعة –على ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة– لم يُجمعوا على الأخذ بمبدأ حجيّة الأحكام على إطلاقه، إلاّ أنّه بإمعان النّظر في هذه الاستثناءات الّتي وردت عليه، يتّضح أنّها ليست في الواقع إلاّ وجوها لإعادة النّظر في النّزاع تقابل وجوه الطّعن في الأحكام المقرّرة في القوانين الحديثة" (طعن رقم 591سنة66، أحوال شخصيّة، جلسة 1997/11/1، نقلا عن حسن بن أحمد الحمّادي، نفسه، ص74)

(4) من هذه الدراسات: المقال المشار إليه سابقا "**حجيّة الحكم القضائيّ**... " لمحمّد نعيم ياسين، وكذلك رسالة دكتوراه لحسن بن أحمد الحمّادي المشار إليها أعلاه، وكذلك رسالة دكتوراه بعنوان "**حجيّة الأمر المقضيّ به في الفقه الإسلاميّ والقانون الوضعيّ**" لعلاء الدّين عليّ إبراهيم أحمد، جامعة الأزهر، كليّة الشّريعة والقانون بأسيوط سنة 1996، وهي مخطوط بقسم الرسائل بكليّة الحقوق جامعة القاهرة تحت رقم 220/1، وكذلك رسالة دكتوراه بعنوان "**حجيّة الحكم الجنائيّ في الفقه الإسلاميّ والقانون الوضعيّ**" لعبد الحسيب سند عطيّة، جامعة الأزهر، كليّة الشّريعة والقانون بالقاهرة سنة 1998م، وهي مخطوط بقسم رسائل الدكتوراه بجامعة الأزهر بالقاهرة تحت رقم 1585.

الفرع الثّاني: نشأة وتطوّر حجيّة الحكم القضائيّ في القانون الوضعيّ.

أوّلا: نشأة حجيّة الحكم القضائيّ في القانون الوضعيّ.

يرى بعض الباحثين أنّه يمكن إرجاع أصل تطبيق فكرة حجيّة الحكم القضائيّ إلى العصور القديمة، وبالضّبط إلى الشّرائع البابليّة، وتنسب إلى شريعة حامورابي معرفة العقد القضائيّ، فرغم أنّ الشّرائع البابليّة لم تعرف هذه الفكرة في نصوصها، فإنّ نصّ المادّة الخامسة من شريعة حامورابي يقرّر عقوبة على القاضي الّذي يغيّر حكما سبق له إصداره بناء على النّظر في الدّعوى ومناقشة الأدلّة الواردة[1]، وفي حالة تعرّض القضاة لحكم سابق فإنّ دورهم يقتصر على النّظر فيما سبق التّعرّض له والحكم به، وفي حالة وحدة موضوع النّزاع والسّبب والأطراف فإنّ دور القضاة يقتصر على رفض الدّعوى أو إعادة النّطق بما سبق النّطق به في الحكم الأوّل[2].

ثم إنّ فكرة الحجيّة ظهرت في القانون الرّومانيّ حيث لم يكن يجرؤ في بداية العهد الرّومانيّ أحد من المتقاضين على إعادة طرح دعوى سبق الفصل فيها لأنّ ذلك ينطوي على تشكيك في الآلهة، حيث كان الملك هو الكاهن الأكبر وكانت الأحكام الفاصلة في النّزاع بإعمال القانون تتمّ نسبتها للآلهة الّتي تصدر الحكم في صورة معجزة عن طريق الكهنة، ومن هنا ظهرت قاعدة "عدم جواز التّداعي مرّتين في القانون الرّوماني"[3].

ثانيا: تطوّر حجيّة الحكم القضائيّ في القانون الوضعيّ.

في أواخر العهود الرّومانيّة سادت قاعدة قانونيّة مضمونها أنّ الدّعوى لا يجوز رفعها مرّة أخرى متى رفعت أمام البريتور وانتهت إجراءاتها بالإشهاد عليها وكان من نتيجة تلك القاعدة أنّ القاضي إذا أحيلت إليه الدّعوى من البريتور ولم يفصل فيها بسبب دفع إجرائيّ فالمدّعي يمتنع عليه أن يقوم برفع الدّعوى من جديد وذلك رغم أنّه لم يفصل فيها[1].

---

(1) تنصّ المادّة 05 من شريعة حامورابي على أنّه "اذا نظر قاض في قضية قانونية وأصدر بخصوصها حكما وأثبت الحكم على رقيم مختوم وبعد ذلك غيّر قراره، فإذا ثبت أنّ القاضي قد غيّر حكمه في القضيّة التي نظر فيها فعليه أن يتحمل عقوبة تلك الدّعوى ويدفع اثنا عشر مثلها، وفضلا عن ذلك يُطرد بلا رجعة من مجلس القضاء ومن على كرسيه، ولا يحق له ان يجلس مع القضاة للنّظر في دعوى" (انظر: http://www.ibtesama.com)

(2) Léonardo NEMER CALDEIRA BRANT**, L'autorité de la chose jugée en droit international public**, L.G.D.J., Paris, 2003, p.15.

(3) انظر: عبد الحسيب سند عطيه، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص9.

(1) علاء الدّين علي إبراهيم أحمد، **حجيّة الأمر المقضيّ به**.... ص28.

ورغم أنّ الحجيّة الدينيّة لأحكام القضاء قد زالت في العهد الجمهوريّ باعتبار أنّ البريتور هو حاكم مدنيّ يقوم بإصدار الأحكام باسم القانون إلاّ أنّها استمرّت كقاعدة عرفيّة، إلاّ أنّ أهمّ ما شاب القاعدة في هذه المرحلة هو أنّه كانت الدّعوى تُستهلك بسبب دفع من الدّفوع المعوّقة للخصومة حتّى ولو لم يحصل المدّعي على حكم[1].

ثمّ تطوّرت القاعدة في عهد دعاوى النّماذج فارتبطت بصدور حكم في الدّعوى من القاضي لا بانتهاء الإجراءات أمام البريتور، إلاّ أنّه بقي عيب آخر وهو أنّ المدّعي إذا لم يلتزم بحرفيّة النّموذج الواجب في الدّعوى فإنّه لا يستطيع رفع الدّعوى مرّة أخرى ولو قام بتصحيح النّموذج[2]، ثمّ استقرّ الأمر أخيرا لتصبح الدّعوى مرتبطة بصدور حكم فيها، بحيث لا يمكن رفع أيّ دعوى تتعارض معه سواء أكانت من المدّعي أم من المدّعى عليه بحيث يكون الرّجوع لمضمون الحكم لا الشّكل الخارجي للدّعوى، "وقد ترتّب على ذلك أن أصبح للأمر المقضيّ دورا سلبيّا يتمثّل في التّمسّك بالدّفع بالأمر المقضيّ لعدم قبول الدّعوى، ودورا إيجابيّا يتمثّل في إمكانيّة التّمسّك بالأمر المقضيّ في صور ردّ على الدّفع، وبهذا اكتملت معالم حجيّة الأمر المقضيّ في القانون الرّومانيّ"[3]

يقول جون فوييه (Jean FOYER)[4]:" إنّه خلال عهد الإمبراطوريّة السّفلى، يكون المحكوم به قد اكتسب طابع عدم القابليّة للمناقشة، ومضمونه لم يعد قابلا أن يكون محل جدال في خصومة جديدة"[5].

والخلاصة الّتي يمكن تسجيلها هي أنّ فكرة الحجيّة وُجدت في القانون الوضعيّ منذ حضارة بلاد الرّافدين، إلاّ أنّها لم تحظ بالتّأصيل والتّدقيق إلاّ في ظلّ القانون الرّومانيّ، وهي النتيجة الّتي سجّلها ليوناردو نمر كالدايرا برانت (Léonardo NEMER CALDEIRA BRANT)حين قال: "سواء أسلمنا أم لا بإنّ القانون البابليّ قد وضع قواعد وأصول مبدأ حجيّة الشّيء المقضيّ، فإنّ الفكر القانونيّ لدى الرّومان الّذي

---

(1) انظر: عبد الحسيب سند عطيه، **حجيّة الأمر المقضيّ به**....ص9.

(2) **انظر**: فتحي والي، **قانون القضاء المدنيّ**، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، مصر، ط1، 1973م، ج1ص271.

(3) عبد الحسيب سند عطيه، نفسه، ص10.

(4) أستاذ القانون بفرنسا، ولد في 27-04-1921، عمل قاضيا بالمجلس الأعلى للدّولة بفرنسا (1959-1987)، تقلّد عدّة حقائب وزاريّة (وزارة التّعاون، وزارة العدل، وزارة الصّحة)، كما لم ينقطع عن التّدريس في كليّات القانون في الجامعات الفرنسيّة (انظر: الموقع الالكتروني للموسوعة الحرّة "ويكيبيديا" : http://fr.wikipédia.org

(5) «Au cours du Bas-Empire, la sentence possède déjà un caractère indiscutable, son contenu ne peut plus être remis en discussion au cours d’une nouvelle instance»: Jean FOYER, *op. cit.*, p.4.

تنبّه لسلبيّات تضاعف المنازعات وتجدّد الخصومة، قد نقّح المبدأ ووضع أسس التصوّر، والّتي أصبحت المطبّقة في القانون الدّاخليّ الحديث والمعتمدة في القانون الدّولي"[1].

ثمّ إنّ الحجيّة لقيت اهتماما في العصر الحديث، فألفت فيها كثير من الرّسائل العلميّة والمقالات[2]، وبقيت مع هذا تطرح إشكالات هامّة في القانون الوضعيّ تستدعي البحث، يقول أحمد السّيد صاوي: "وحجيّة الشّيء المحكوم فيه، رغم بساطة الفلسفة التي يقوم عليها، إلاّ أنّها كانت من أغنى موضوعات القانون دراسة وبحثا، فتناولتها الأقلام بالبحث منذ زمن بعيد، ولّما تزل تحتلّ الصّدارة في كتب الفقه كواحدة من أهمّ مشاكل القانون، كما طبّقها القضاء فيما لا يحصى من أحكامه، وما زال يُعرض عليه في كلّ يوم ما تثيره الحجيّة من مشاكل، لما تتسم به الحجيّة من طابع عمليّ"[3].

وقد اعتمدت التّشريعات الحديثة حجيّة الحكم القضائيّ ونصّت عليها في نصوصها، من ذلك ما نصّت عليه المادّة 338 من القانون المدنيّ الجزائريّ من أنّ "الأحكام الّتي حازت قوّة الشيء المقضيّ به تكون حجّة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أيّ دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجيّة إلاّ في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغيّر صفاقم وتتعلّق بحقوق لها نفس المحلّ والسّبب، ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيّا"[1].

---

(1) « Que l'on admette ou non le fait que le droit babylonien créa les bases et les fondements de la notion d’autorité de la chose jugée, l’esprit juridique des romains qui, ne pouvant manquer d’apercevoir les inconvénients d’une multiplication de litiges et du recommencement du procès, a perfectionné le principe de la res judicta et créé les fondements du concept, lesquels seraient bientôt appliqués au droit interne moderne et assimilés par le droit international »: Léonardo NEMER CALDEIRA BRANT, *op. cit.*, p.16.

(2) اطّلع على الموقع HTTP://WWW.CRIMINOCORPUS.CNRS.FR ..

(3) **الشّروط الموضوعيّة للدّفع**...ص10-11، يقول أحمد ماهر زغلول: "الحجيّة وهي نظام عرفته النّظم القانونيّة في وقت مبكّر من مراحل تكوينها الأولى، وهي فضلا عن ذلك قاعدة من قواعد القانون المقارن لا بدّ وأن تكون قد وصلت نتيجة لجهود التّأصيل والتّحليل الممتدة في الزّمان والمكان إلى مرحلة من الاستقرار والوضوح في فكرتها تحول دون الخلاف حول أساسياتها ووجوه تطبيقها الرئيسيّة، وتحصر مثل هذا الخلاف إن وجد في مسائل فرعيّة وثانويّة لا تؤثّر على أساسيّات الفكرة وفروضها الرئيسيّة، والواقع أنّه لا يمكن التعويل على هذه الاعتبارات واستنطاقها ما لا يمكن أن تؤدّي إليه من وجود فكرة واحدة للحجيّة في النّظم القانونيّة المختلفة في الزّمان والمكان. فالحجيّة هي محصلة لنظام قانونيّ معيّن ولذلك فإنّها تختلف باختلاف النّظم زمانا ومكانا" (**أعمال القاضي**...ص8-9)

(1) تنصّ المادّة 296 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على أنّه "الحكم في الموضوع هو الحكم الفاصل كليّا أو جزئيّا في موضوع النّزاع أو في دفع شكليّ أو في دفع بعدم القابليّة أو في أيّ طلب عارض، ويكون هذا الحكم بمجرّد النّطق به حائزا لحجيّة الشّيء المقضيّ فيه في النّزاع المفصول فيه".

كما نصّت المادّة 101 من قانون الإثبات المصريّ على أنّ "الأحكام الّتي حازت قوّة الشيء المقضيّ به تكون حجّة بما فصلت فيه من الحقوق، فلا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجيّة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجيّة إلاّ في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغيّر صفاتهم وتتعلّق بذات الحقّ محلاّ وسببا، وتقضي المحكمة بهذه الحجيّة من تلقاء نفسها"[1].

كما اعتمده قانون المرافعات المصري في المادّة 116 حيث نصّ على أنّ "الدّفع بعدم جواز نظر الدّعوى لسابقة الفصل فيها تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها"[2].

ونصّت المادّة 1351 من القانون المدني الفرنسيّ على أنّ "حجيّة الأمر المقضيّ لا تنصرف إلاّ لما كان محلاّ للحكم، يجب أن يكون الشّيء المطلوب ذاته، ويكون الطّلب مؤسّسا على ذات السّبب، وبين نفس الأطراف بنفس الصّفات"[3]

وكذلك نصّت المادّة 2/311 من قانون الإجراءات الجزائيّة الجزائريّ على أنّه "لا يجوز أن يعاد أخذ شخص قد برئ قانونا أو اتّهامه بسبب الوقائع نفسها حتّى ولو صيغت بتكييف مختلف" وهو نفس المعنى الّذي دلّت عليه المادّة 368 من قانون الإجراءات الجزائيّة الفرنسيّ[4].

ونصّت المادّة 454 من قانون الإجراءات الجنائيّة المصريّ على أنّه "تنقضي الدّعوى الجنائيّة بالنّسبة للمتّهم المرفوعة عليه والوقائع المسندة فيها إليه بصدور حكم نهائيّ فيها بالبراءة أو بالإدانة، وإذا صدر حكم في موضوع الدّعوى الجنائيّة فلا تجوز إعادة نظرها إلاّ بالطّعن في هذا الحكم بالطّرق المقرّرة في القانون"

كما تجاوب الاجتهاد القضائيّ المعاصر مع اعتماد حجيّة الحكم القضائيّ في قراراته المختلفة، قضت المحكمة العليا بأنّه "...من المقرّر أيضا أنّ الأحكام الّتي حازت قوّة الشيء المقضيّ فيه تكون حجّة بما فصلت فيه...ولمّا تراجع نفس المجلس عن القرار السّابق الّذي أصبح نهائيّا فلا يمكنهم عندئذ لنفس الأسباب

---

(1) قانون الإثبات المصري القانون رقم 25 لسنة 1968م، المعدل بالقانون 23 لسنة 1992م، والقانون رقم 18 لسنة 1999م (انظر: الموقع الالكترونيّ لشبكة الدّكتور رأفت عثمان والمحامون العرب: http://rafatosman.com)

(2) قانون المرافعات المدنيّة والتجاريّة المصريّ رقم 13 لسنة 1968م. (انظر الموقع الالكتروني لكلية الحقوق، جامعة المنصورة، http://www.f-law.net)

(3) Art. 1351 C. Civ.: « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité »; source: http://www.legifrance.gouv.fr

(4) Art. 368 C.P.P.: « Aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente »: source: http://www.legifrance.gouv.fr

والأطراف والموضوع النّظر فيه من جديد لسبق الفصل في النّزاع بصورة نهائيّة، ولمّا خالفوا ذلك يكونوا قد خرقوا مبدأ حجيّة الشيء المقضي فيه، وأساءوا تطبيق القانون وعرّضوا قرارهم للنّقض دون إحالة"[1].

كما قضت بأنّه "لا تجوز أيّة متابعة جديدة بنفس الواقعة وضدّ نفس المتّهم"[2].

(1) طعن رقم 146457، قرار بتاريخ 17-07-1996، المجلّة القضائيّة، العدد1، 1997، ص28. انظر أيضا: نقض مدني، طعن رقم 24509، قرار بتاريخ 03-03-1982، المجلّة القضائيّة، العدد1، 1989، ص26؛ نقض مدنيّ، طعن رقم 12042، قرار بتاريخ 27-06-1975 (نقلا عن يحي بكوش، **أدلّة الإثبات في القانون المدنيّ الجزائريّ والفقه الإسلاميّ**–دراسة نظريّة وتطبيقيّة مقارنة– المؤسّسة الوطنيّة للكتاب، الجزائر، 1998م، ص397).

(2) جنائي 19 نوفمبر 1968، **مجموعة الأحكام**، ص355. وقضت "إنّ الدّفع بحجيّة الشيء المقضيّ به في المواد الجنائيّة قاعدة من النّظام العامّ" (جنائي 29 أفريل 1969، **نشرة القضاة**، العدد 3، 1970، ص56) وقضت بأنّه "لا يمكن أن يدان المتّهم مرّتين عن فعل واحد" (قرار 15 مارس 1988، رقم 149(غير منشور) (نقلا عن أحسن بوسقيعة، **قانون الإجراءات الجزائيّة في ضوء الممارسة القضائيّة**، منشورات بيرتي، 2007-2008م، ص123)؛ جنائي 20ماي 1969، **نشرة القضاة**، 1970، العدد2، ص68)

المطلب الثّاني: تمييز حجيّة الحكم القضائيّ عن الأنظمة المشابهة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

تتميّز الحجيّة كنظام عمّا يرتبط بالحكم القضائيّ من أنظمة مختلفة، فهي وحدها الكفيلة ببيان مفاعيله تجاه الدّعاوى الجديدة، وهذا لا ينفي ما بين هذه الأنظمة من أوجه تشابه أوقعت الفقه والتّشريع الوضعيّ في الخلط أحيانا، فيكون من زيادة توضيح للحجيّة أن تُميّز عمّا يشبهها من هذه الأنظمة، وهو ما أعرض له على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: تمييز حجيّة الحكم القضائيّ عن الأنظمة المشابهة في الشّريعة الإسلاميّة.

الفرع الثّاني: تمييز حجيّة الحكم القضائيّ عن الأنظمة المشابهة في القانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: تمييز حجيّة الحكم القضائيّ عن الأنظمة المشابهة في الشّريعة الإسلاميّة.

ترتبط بالحكم القضائيّ جملة من المواصفات والآثار الّتي تترتّب عن صدوره، وقد تحدّث عنها فقهاء الشّريعة الإسلاميّة في مباحث متفرّقة، ولهذا سأعرض لتمييز حجيّة الحكم القضائيّ عنها على النّحو التّالي:

أوّلا: تمييز حجيّة الحكم القضائيّ عن عدم رجوع القاضي عن قضائه في الشّريعة الإسلاميّة.

1. مفهوم عدم رجوع القاضي عن قضائه في الشّريعة الإسلاميّة. عدم رجوع القاضي عن قضائه أو بالتّعبير المستعمل من طرف القانون الوضعيّ "نظام استنفاد المحكمة لولايتها" مبدأ معروف في الشّريعة الإسلاميّة، وهو أثر يرتبط بالحكم لحظة صدوره، وسواء أكان الرّجوع كليّا وهو ما يعبّر عنه بنقض القاضي قضاء نفسه أم جزئيّا وهو ما يعبّر عنه بتعديل الحكم وتغييره فإنّ عبارات الفقهاء تضافرت على عدم جواز رجوع القاضي عن قضائه بعد صدوره، وله أن يحكم بغير ما حكم به في الدّعاوى المستقبلة[1].

وتحريم العدول عن الحكم القضائيّ فيما كان مؤسّسا على اجتهاد فيما هو محلّ اجتهاد هو قول غالب الفقهاء[2]، وهو الرّأي الّذي صحّحه الأئمّة المتأخّرون من المذهب المالكيّ[3]، وهو الرأي المرويّ عن ابن

(1) السّيوطي، **الأشباه والنّظائر**...ص101؛ ابن نجيم، **الأشباه والنّظائر**، ص105-106.

(2) انظر: الباجي، **فصول الأحكام**...ص177؛ ابن أبي الدّم، **أدب القضاء**، ص77؛ ابن قدامة، **المغني**، ج11ص407؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3 ص478؛ الكاساني، **بدائع الصنائع**...ج7ص300؛ الزّيلعي، **تبيين الحقائق**...ج4ص188؛ السّمناني، **روضة القضاة**...ج1ص319؛ السمائلي، **العقد الثّمين**...ص9؛ السّياغي، **الرّوض النّضير**... ج4ص124.

(3) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص63.

القاسم[1] عن مالك[2] رَحِمَهُمَا اللهُ أنّه لا يرجع القاضي فيما قضت به القضاة ممّا اختلف النّاس فيه[3]، وهو قول سحنون[4] و(ابن الماجشون[5]) [6]، وذهب اتّجاه عند المالكيّة إلى أنّ للقاضي العدول عن حكمه متى تبيّن له ما هو أحسن منه[7]، وقيل أنّه مشهور المذهب، وهو قول ابن القاسم[8]، وهو مرويّ عن (أبي ثور[1]) [2].

وبغضّ النّظر عن مناقشة الرّأيين فإنّ عدم رجوع القاضي عن قضائه يُقصد به عدم نقضه بالتّعديل أو الإبطال.

2. مبرّر الأخذ بعدم رجوع القاضي عن قضائه في الشّريعة الإسلاميّة. المقصود هنا هو المصلحة الّتي قصد الشّرع تحقيقها بمنع العدول عن الأحكام القضائيّة، وينطلق القول بعدم رجوع القاضي عن حكمه بعد صدوره من منطلق دفع المضارّ المترتّبة عن هذا العدول، ويمكن إجمالها فيما يلي[3]:

أ- اشتغال القضاة بفسخ الأحكام ممّا ينجرّ عنه تناقضها.

ب- ذهاب ثقة النّاس بالقضاء والمساس بهيبته في نفوسهم.

---

(1) هو عبد الرّحمان بن القاسم العتقيّ، ولد سنة 132هـجريّة، جمع بين الزّهد والعلم، صاحب مالكا عشرين سنة، تفقّه عليه وفرّع على أصوله، توفّي بمصر سنة 191هجريّة (انظر: الشّيرازي، **طبقات الفقهاء**، ص150)

(2) هو مالك بن أنس الأصبحي الحميري، إمام دار الهجرة، أحد الأئمّة الأربعة ، وُلد بالمدينة وتوفّي بها سنة 179 هجريّة، صاحب كتاب الموطأ (انظر: الشّيرازي، نفسه، ص67)

(3) انظر: **المدوّنة**، ج4ص76.

(4) هو أبو سعيد عبد السّلام بن سعيد بن حبيب التنوخيّ، وسحنون لقبه، ولد سنة 160 هجريّة بالقيروان قاضي فقيه، انتهت إليه رئاسة العلم في المغرب على مذهب الإمام مالك، قرأ على ابن القسم وابن وهب وأشهب، ولي قضاء القيروان، صنّف المدوّنة وأخذها عن ابن القاسم، توفي سنة 240 هجريّة (انظر: (ابن خلكان) أبو العبّاس شمس الدّين (ت681هـ)، **وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزّمان**، تحقيق إحسان عبّاس، دار صادر، بيروت، لبنان، 1977م) ج3ص180.

(5) هو أبو مروان عبدُ الملك بن عبدِ العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة بن الـمَاجِشُون التيمي، تلميذ الإمام مالك، حدَّثَ عن أبيه وخالِهِ يوسف بنِ يعقوب الـمَاجِشُون، ومُسْلِمِ الزَّنجي، ومالك، وإبراهيم بنِ سعد، قال مُصعَبُ بن عبد الله: كان مُفْتِي أهلِ المدينة في زمانه، وقال ابن عبد البَرِّ: كان فقيهاً فصيحاً، دارت عليه الفُتيا في زمانه، وعلى أبيه قبلَه، وكان ضَرِيراً، قيل: إنه عَمِيَ في آخِرِ عُمُرِهِ، توفي سنة ثلاث عشرة ومائتين، وقيل: سنة أربع عشرة (انظر: (الذّهبيّ) شمس الدّين محمّد بن أحمد بن عثمان (ت748هـ)، **سير أعلام النبلاء**، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج7ص74؛ الشّيرازي، نفسه، ص148)

(6) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص63؛ (ابن المناصف) محمّد بن عيسى (ت620هـ)، **تنبيه الحكّام على مآخذ الأحكام**، دار التّركي للنّشر، تونس، 1988، ص304.

(7) انظر: ابن عبد الرّفيع أبو إسحاق إبراهيم بن حسن (ت733هـ)، **معين الحكّام على القضايا والأحكام**، تحقيق محمّد بن قاسم بن عيّاد، دار الغرب الإسلاميّ، بيروت، لبنان، 1989م،ص638.

(8) انظر: ابن فرحون، نفسه؛ ابن المناصف، نفسه.

(1) هو إبراهيم بن خالد بن أبي التيمان الكلبيّ البغداديّ، أحد الفقهاء الأعلام، أخذ الفقه عن الشّافعيّ، وتوفّي سنة 240 هجريّة ببغداد (انظر: (الذّهبيّ) محمّد بن أحمد أبو عبد اللّه شمس الدّين(ت748هـ)، **تذكرة الحفّاظ**، دار إحياء التّراث العربيّ، بيروت، لبنان، ج2ص512؛ الشّيرازي، نفسه، ص92)

(2) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج11ص464.

(3) ابن فرحون، نفسه؛ الكاساني، **بدائع الصنائع**...ج7ص14.

ج- استمرار الخصومات والمنازعات، وعدم استقرار الأحكام على شيء.

قال الغزالي[1]: "لو حكم بصحّة النّكاح حاكم بعد أن خالع الزّوج ثلاثا، ثمّ تغيّر اجتهاده لم يفرّق بين الزّوجين و لم ينقض اجتهاده السّابق بصحّة النّكاح لمصلحة الحكم"[2].

3. أوجه الاختلاف بين منع رجوع القاضي عن حكمه وحجيّته في الشّريعة الإسلاميّة.

يعدّ بعض الباحثين أنّ امتناع القاضي عن الرّجوع عن قضائه صورة لتطبيق حجيّة الحكم القضائيّ، ولهذا فإنّهم يذكرونه ضمن آثار حجيّة الحكم القضائيّ[3]، يقول حسن بن أحمد الحمّادي في بيان معنى الحجيّة عند الفقهاء:"...ويمنع أيضا القاضي الّذي أصدر الحكم أن يعدل عنه"[4].

ويشاء الاجتهاد القضائيّ أن يسير في نفس الاتّجاه بأن يعتبر القول بعدم رجوع القاضي عن حكمه في الفقه الإسلاميّ دليلا كافيا على كون حجيّة الحكم القضائيّ مبدأ معروف في الفقه الإسلاميّ[5]، ولعلّ ما يدفعهم إلى ذلك اقتران بحث الفقهاء لفكرة امتناع القاضي عن الرّجوع في قضائه بفكرة امتناع نقض الأحكام القضائيّة عامّة على اعتبار أنّها إحدى صورتي النّقض (نقض القاضي حكم نفسه، نقض القاضي حكم غيره)، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّه يمكن تفسير عدم رجوع القاضي عن قضائه كمظهر من مظاهر الحجيّة على اعتبار أنّ الحجيّة تعني ما يحوزه الحكم من احترام يمنع من معاودة المنازعة فيما قضي به لما ناله من احترام يحوزه في مواجهة القاضي مصدر الحكم ابتداء.

ويبدو لي أنّ منع القاضي من العدول عن حكمه هو صورة مختلفة في بعض مناحيها عن حجيّته، وهذا لأنّ القاعدة الّتي تستند إليها الحجيّة وهي "الظّاهر من أحكام القضاء نفوذها على الصحّة" إنّما ذكرها الفقهاء تمهيدا للقول بنفوذ الأحكام، ومعنى النّفوذ هنا هو ما يناله الحكم من احترام وما يوجبه من تسليم بما قضى به

---

(1) هو زين الدّين أبو حامد محمّد بن محمّد بن محمّد بن أحمد الطّوسيّ الشّافعيّ، ولد بطوس سنة 450 هجريّة، تلميذ إمام الحرمين الجوينيّ، فقيه أصوليّ متصوّف شاعر متكلّم، جمع أشتات العلوم في المعقول والمنقول، من مؤلّفاته "البسيط" و"المهذّب" و"إحياء علوم الدّين" و"تهافت الفلاسفة" وغيرها كثير، توفّي سنة 505هجريّة (انظر: ابن العماد، **شذرات الذّهب**...ج4ص10)

(2) **المستصفى من علم أصول الفقه**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط2، ج2ص382.

(3) انظر : محمّد نعيم ياسين، **حجيّة الحكم القضائيّ**...عدد3ص140؛ عبد الحكم أحمد شرف، **بحث في حجيّة الأحكام في الشّريعة الإسلاميّة والقوانين الوضعيّة**، مطبعة السّعادة، مصر، ط1، 1408هـ- 1988م، ص21.

(4) **نظريّة حجيّة الحكم القضائيّ**...ص71.

(5) فقد قرّرت المحكمة الاتّحاديّة العليا الإماراتيّة بأنّ "مبدأ حجيّة الحكم وإن كان من القرائن القانونيّة القاطعة في الإثبات وقاعدة أساسيّة من قواعد نظام القضاء تفيد وضع حدّ لتجديد الخصومات والمنازعات إلاّ أنّه مبدأ معروف في الفقه الإسلاميّ، فقد جاء عن الأشباه والنّظائر: (لا يصحّ رجوع القاضي عن قضائه، فلو قال: رجعت عن قضائي أو وقفت على تلبيس الشّهود، أو أبطلت حكمي لم يصحّ، والقضاء ماض...)" (قرار بتاريخ 07-04-1976، نقلا عن: حسن بن أحمد الحمّادي، نفسه).

من طرف القضاة والخصوم والمجتهدين خارج الخصومة الحالّة[1]، وبتعبير آخر فيما يستقبل من الدّعاوى لا في ذات الخصومة المحكوم فيها.

ورغم ما يجمع النّظامين من منع تعارض الأحكام وتحقيق المهابة للحكم القضائيّ فإنّ عمل مبدأ امتناع القاضي عن العدول عن أحكامه يظهر أثره داخل الخصومة ذاتها، بينما يظهر أثر الحجيّة على الخصومات المستقبليّة ولو كانت تكرارا للخصومة نفسها بدعوى جديدة.

والمسألة لا تعدو أن تكون مسألة اصطلاح بين موسّع لمعنى الحجيّة وآثارها وبين مضيّق لمعناها وآثارها احتراما لمفاعيل الأنظمة المشابهة كما استقرّ عليه الأمر في القانون الوضعيّ، إلاّ أنّ الدقّة في وضع المصطلح واجتناب الخلط مع غيره في المفهوم والآثار أليق للبحث العلميّ، وأوفق للمقارنة مع القانون الوضعيّ.

ثانيا: تمييز حجيّة الحكم القضائيّ عن قوّة الأمر المقضيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

يرتبط الحديث عن تمييز حجيّة الحكم القضائيّ عن قوّة الأمر المقضيّ بمسألة درجات نظام التّقاضي في الشّريعة الإسلاميّة، ولهذا الحديث علاقة مباشرة بمسألة تعقّب الأحكام القضائيّة في فقه الشّريعة الإسلاميّة، ولهذا فسأحاول بشكل مختصر التّعرّض لمسألة تعقّب الأحكام القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة، ثمّ مسألة إمكانيّة قيام نظام التّقاضي في الشّريعة الإسلاميّة على درجات، لأخلص إلى أوجه الاختلاف بين حجيّة الأحكام وقوّتها في ظل النّظام القضائي الإسلاميّ.

1. تعقّب الأحكام القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة. التّعقب في اللّغة من تعقّب بمعنى أخذه بذنب كان منه، أو شكّ فيه، أو عاد للسّؤال عنه[1]، وتعقّب ما صنع الشخص أي تتبّعه[2]، أمّا في الاصطلاح فهو تتبّع القاضي فيما صدر عنه من أحكام قضائية قصد تقرير صوابها أو تصحيحها أو نقضها، أو بتعبير آخر مراجعة الأحكام القضائيّة، وهذا التعقّب إمّا أن يكون من القاضي اللاّحق للسّابق وهو الذّي يتكرّر في عبارات الفقهاء وتفصيلاتهم، وقد يكون من القاضي لغيره من القضاة الذّين لا يزالون في مناصبهم، وقد فرّق الفقهاء في مسألة التعقّب بين القاضي العالم العدل والقاضي الجاهل أو الجائر[3].

---

(1) سيتمّ التعرّض لمظاهر هذا الاحترام والتّسليم في الباب الثّالث للبحث.

(1) انظر: الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**... ج1 ص 106.

(2) انظر: الزّمخشري، **أساس البلاغة**، ص 208

(3) سيأتي تفصيل أقوال الفقهاء حول مسألة التعقّب وعرض أدلّتهم والتّرجيح عند الحديث عن حجيّة الحكم القضائيّ على القضـــاة في الشّريعة الإسلاميّة ص 443-457 من هذا البحث.

فأمّا القاضي العالم العدل فقد اختلف الفقهاء في حكم تعقّب أحكامه، فذهب المالكيّة[1] والحنفيّة[2] وبعض الحنابلة[3] إلى أنّه لا يجوز تعقّب القاضي العالم العدل في شيء من أحكامه، ويجب إمضاء اللاّحق لأحكام السّابق من غير تتبّع ولا كشف لها، وذهب الحنابلة[4] والشّافعيّة[5] في الأصحّ عندهم إلى جواز تعقّب أحكام القاضي العدل، وهو ما تقتضيه عبارة المذهب الشّيعي في جواهر الكلام إذ جاء فيها "ليس على الحاكم تتبّع حكم من كان قبله ولا غيره حملا لفعله على الوجه الصّحيح"[6].

أمّا القاضي الجاهل أو الجائر فإنّ عبارات الفقهاء متضافرة في وجوب تعقّبها والكشف عنها دون حاجة لمتظلّم، وقد اختلفت عباراتهم فيما يمضى منها وما لا يمضى[7].

وممّا تقدّم يمكن القول بأنّ تعقّب الأحكام القضائيّة الصّادرة عن القضاة العلماء العدول قصد الكشف عنها مختلف فيه بين الفقهاء بين مانع ومجيز، وأمّا تعقّب الأحكام الصّادرة عن القاضي الجاهل أو الجائر فلا خلاف في تعقّبها.

2. درجات التّقاضي في الشّريعة الإسلاميّة[1]. ما يهمّني هنا هو بيان وجود اختلاف بين فقهاء الشّريعة حول إمكانيّة قيام نظام التّقاضي على درجتين، وهذه المسألة شديدة الارتباط بمسألة إمكانيّة التعقّب بسبب التظلّم ولقد أفرز الاختلاف الموجود في هذه المسألة اختلافا في مسألة قيام نظام التّقاضي على درجتين.

ولقد اختلف الباحثون المعاصرون في قيام نظام التّقاضي في الشّريعة الإسلاميّة على درجة واحدة أم على درجتين، ويقصد بتعدّد درجات التّقاضي أن يكون للخصوم حقّ طلب إعادة طرح المنازعة أمام قضاء أعلى

---

(1) انظر: ابن فرحون، **التبصرة**، ج1ص64؛ الباجي، **فصول الأحكام**...ص178؛ ابن المناصف، **تنبيه الحكّام**...ص37.

(2) انظر: المرغيناني، **الهداية**...ج7ص300؛ الطّرابلسي، **معين الحكّام**...ص33.

(3) انظر: المرداوي، **الإنصاف**...ج11ص223.

(4) انظر: نفسه، وقال: "...وهو المذهب"؛ ابن قدامة، **المغني**، ج11ص407.

(5) انظر: الماوردي، **الحاوي**... ج20ص241؛ الشّيرازي أبو إسحاق إبراهيم بن عليّ بن يوسف الفيروزآبادي (ت476هـ)، **المهذّب في فقه الإمام الشّافعيّ**، دار الفكر، بيروت، لبنان،ج2ص297.

(6) النّجفي، ج4ص103.

(7) انظر: ابن فرحون، نفسه، ج1ص65؛ الباجي، نفسه؛ ابن المناصف، نفسه، ص38؛ الشّيرازي، نفسه؛ المرداوي، نفسه، ج11ص225؛ الطّرابلسيّ، نفسه، ص30.

(1) سيأتي تفصيل أقوال الفقهاء حول مسألة درجات التّقاضي وعرض أدلّتهم والتّرجيح عند الحديث عن حجيّة الحكم القضائيّ على القضاة في الشّريعة الإسلاميّة ص 468-472 من هذا البحث.

درجة من الّذي أصدر الحكم خلال فترة زمنيّة محدّدة[1]، وتلخّصت آراؤهم حول المسألة بين من يرى قيام نظام التّقاضي في الشّريعة الإسلاميّة على درجة واحدة [2]، ومن يرى قيامه على درجتين[3].

3. أوجه الاختلاف بين حجيّة الحكم القضائيّ وقوّة الأمر المقضيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

بناء على ما تقدّم من حديث عن مسألة تعقّب الأحكام القضائيّة ودرجات التّقاضي في الشّريعة الإسلاميّة فإنّه يوجد اتّجاهان في هذا الموضوع.

اتّجاه يتمسّك بمنع تعقّب الحكم القضائيّ وقيام النّظام القضائيّ الإسلاميّ على درجة واحدة، وبالتّالي فلا فرق بين حجيّة الحكم وقوّة الأمر المقضيّ عنده لأنّ الحكم بمجرّد صدوره ينال الحجيّة والقوّة معا ولأنّ وجود هذا الأخير مرتبط بوجود طريق الطّعن أمام الدرجة الثّانية، وهي غير موجودة.

واتّجاه يتمسّك بجواز تعقّب الحكم القضائيّ وقيام النّظام القضائيّ الإسلاميّ على درجتين، وبالتّالي فيمكن للخصوم الطّعن في الحكم الصّادر من قاضي الدرجة الأولى أمام قاضي الدرجة الثّانية، فيكون معنى قوّة الأمر المقضيّ فيه امتناع الطّعن لدى قضاة الدرجة الثّانية من نظام التّقاضي سواء لكونه غير قابل للطّعن أصلا أو أنّ الخصوم قد طعنوا فيه فعلا وأيّدت محكمة الدّرجة الثانية الحكم، أو لأنّ الخصوم فوّتوا على نفوسهم فرصة الطّعن.

وبالتّالي فإنّ أوجه الاختلاف بين النّظامين تكون عنده على النّحو التّالي:

أ- أنّ الحجيّة تثبت للحكم بمجرّد صدوره على اعتبار حمل الأحكام على الصحّة في الظّاهر، بينما القوّة لا تنال إلا إذا أصبح الحكم متحصّنا على الطعن أمام محكمة الدّرجة الثّانية.

ب- أنّ الحجيّة تتعلّق بما يتصف به مضمون الحكم من الاحترام الواجب مراعاته والتّسليم له، بينما تتعلّق القوّة بامتناع الحكم عن الطّعن بطريق معيّن.

ثالثا: تمييز حجيّة الحكم القضائيّ عن قوّته التنفيذيّة والثبوتيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

1. تمييز حجيّة الحكم القضائيّ عن قوّته التنفيذيّة في الشّريعة الإسلاميّة. يحرص الفقهاء على بيان نفاذ الأحكام القضائيّة للدّلالة على صحّتها وحجيّتها، إذ لا يكون الحكم نافذا إلاّ إذا كان صحيحا

---

(1) حامد محمّد أبو طالب، **التنظيم القضائيّ الإسلاميّ**، مطبعة السّعادة، مصر، ط1، 1402هـ-1982م، ص61.

(2) محمّد نعيم ياسين، **حجيّة الحكم القضائيّ**...ص137.

(3) حامد محمّد أبو طالب، نفسه، ص63؛ نبيل اسماعيل عمر، **أصول المرافعات الشّرعيّة وعلم القضاء في المملكة العربيّة السّعوديّة**، منشأة المعارف بالإسكندريّة، مصر، 1993م، ص46.

سالما من أسباب النّقض[1]، ويعتبر التّنفيذ مرحلة متأخّرة عن ثبوت الحقّ والحكم به، فيكون الثّبوت أوّلا، ثمّ يكون الحكم ثانيا، ويكون التّنفيذ أخيرا، ويرد في معناه قسمان[2].

القسم الأوّل: تنفيذ حكم نفسه، ويكون بالإلزام بما تضمّنه الحكم من حبس وأخذ مال بيد القوّة ودفعه لمستحقّه وتخليص سائر الحقوق وإيقاع الطّلاق على من يجوز له إيقاعه عليه ونحو ذلك.

القسم الثّاني: تنفيذ حكم غيره، ولا يعتدّ بقوله: "ثبت عندي أنّ فلانا حكم بكذا" حتّى يلزم بموجبه ومقتضاه، فيكون معنى النّفاذ أو القوّة التّنفيذيّة في الفقه الإسلاميّ هو الإلزام بمضمون الحكم وتحقيقه واقعا، وممّا يجب التّنبيه عليه أنّ التّنفيذ لا يندرج ابتداء في مهمّة القاضي، لأنّه من حيث هو قاض وظيفته بيان الأحكام الشّرعيّة لا تنفيذها، بينما التّنفيذ أمر زائد على الحكم[3].

ورغم أنّ الحجيّة والنّفاذ كلاهما يرتبطان بالحكم، إلاّ أنّ الحجيّة صفة تثبت للحكم بمجرّد صدوره، بينما القوّة التنفيذيّة أثر له[4]، ومعنى هذا أنّ الحجيّة لا يمكن أن تتخلّف عن الحكم ما دام قد صدر صحيحا، بينما قد تتخلّف القوّة التّنفيذيّة خاصّة إذا استقلّت سلطة أخرى بتنفيذ الأحكام، أو كانت سلطة التّنفيذ للقاضي إلاّ أنّه كان ضعيفا لا يستطيع تنفيذ حكمه على أصحاب الجاه والسّلطان.

2. تمييز حجيّة الحكم القضائيّ عن قوّته الثبوتيّة في الشّريعة الإسلاميّة. دعت الشّريعة الإسلاميّة إلى الكتابة والتّوثيق كأصل عام في العقود الجارية بين الأشخاص، قال تعالى: ([illegible])[1]، وهذه الآية الكريمة أصل مشروعيّة التّدوين والكتابة بشكل عام.

ورغم أنّه لا يوجد من نصوص القرآن والسنّة المطهّرة ما يدعو بصريح العبارة إلى تدوين الأحكام القضائيّة إلاّ أنّ قواعد الشّريعة تقتضي ضرورة ذلك، إذ أنّ في تدوينها حفظا لحقوق الأطراف ونفيا للتّهمة عن القاضي وتثبيتا لأحكامه وفضّا للمنازعات بمنع معاودة طرحها وتمكين المحكوم له من تنفيذها.

---

(1) يطلق الفقهاء كثيرا لفظ "النفاذ" عند حديثهم عن الأحكام القضائيّة ويقصدون في الغالب صحّتها وقبولها واستحقاقها للتّنفيذ، من ذلك قولهم: "ما ينفذ من أحكام القاضي ولا ينقض إذا اطلع عليه" وهم يقصدون ما يصحّ ولا يستوجب النّقض، أي ينفذ في الاجتهاد ويكون معتبرا. (انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص311؛ الطّرابلسيّ، **معين الحكّام**...ص30).

(2) انظر: ابن فرحون، نفسه، ج1ص100؛ الطّرابلسيّ، نفسه، ص52.

(3) انظر: ابن فرحون، نفسه؛ الطّرابلسي، نفسه.

(4) عبد الحسيب سند عطيّة، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص344.

(1) **سورة البقرة**، الآية282.

ولذلك فقد صرّح الفقهاء بلزوم اتّخاذ القاضي كاتبا ليسجّل ما يجري في مجلس حكمه ويثبت ذلك في سجل خاص لذلك، وأنّه متى استوفى الحكم راجعه ووقّعه[1]، وقد نصّت المادّة 1827 من مجلّة الأحكام العدليّة على أنّه "بعدما يتمّ القاضي المحاكمة يحكم بمقتضاها ويفهم الطرفين ذلك وينظّم إعلاما حاويا للحكم والبيّنة مع الأسباب الموجبة له فيعطيه للمحكوم له ويعطى لدى الإيجاب نسخة منه للمحكوم عليه أيضا"[2].

وقد أشار الشّارح[3] إلى حكمة تسليم الإعلام للمحكوم له متمثّلة في تمكّن المحكوم له من إبراز الحكم للموظّف كي يجري الحكم على اعتبار أنّ إجراء الحكم في بلدة أخرى غير بلدة القاضي مصدر الحكم يحتاج إلى إجراء قاضي البلدة الثّانية إلى الإطّلاع على الحكم[4].

وقد اشترط الفقهاء أن يتّصف كاتب القاضي بالعدالة والعقل والرأي والفطنة والعلم بأصول الكتابة[5]، وهكذا فإنّ تسليم الحكم لا يكون إلاّ لاتّخاذه مرجعا ودليلا وحجّة بما تضمّن ممّا وقع بين يدي القاضي في مجلس حكمه من طلبات وإقرار وإشهاد ودفوع وغيرها.

الفرع الثّاني: تمييز حجيّة الحكم القضائيّ عن الأنظمة المشابهة في القانون الوضعيّ.

تُنسب إلى الحكم القضائيّ مجموعة من الصّفات، تنظّمها وتحكمها بعض الأنظمة الّتي اخترعها القانون الوضعيّ لبيان مفاعيله، ويظهر من الضّروري تمييز الحجيّة كصفة للحكم عن غيرها توضيحا لمعناها وبيان لتميّزها عن المشابه من تلك الأنظمة.

أوّلا: تمييز حجيّة الحكم القضائيّ عن نظام استنفاد المحكمة لولايتها في القانون الوضعيّ.

يظهر نظام استنفاد المحكمة لولايتها كأهمّ النّظم الشّبيهة بنظام حجيّة الحكم القضائيّ، بحيث يقع كثير من الباحثين في الخلط بين النّظامين، وترتيب آثار أحدهما للآخر، ولذلك فقد اعتمدت بيان مفهوم هذا النّظام ومبرّرات الأخذ به كمقدّمة لتمييزه عن نظام الحجيّة.

---

(1) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص28؛ الطرابلسيّ، **معين الحكّام**...ص16.

(2) علي حيدر، **درر الحكّام**...ج4ص658.

(3) عليّ حيدر خواجة أمين أفندي، الرئيس الأوّل لمحكمة التّمييز وأمين الفتيا ووزير العدليّة بالدّولة العثمانيّة، ومدرّس مجلة الأحكام العدليّة بمدرسة الحقوق بالأستانة، توفي سنة 1353هجريّة.

(4) نفسه، ص662.

(5) انظر: ابن فرحون، نفسه، ج1ص29؛ الطّرابلسيّ، نفسه.

1. مفهوم استنفاد المحكمة لولايتها في القانون الوضعيّ(خروج النّزاع من ولاية المحكمة).

يقصد باستنفاد المحكمة لولايتها: خروج النّزاع من سلطة المحكمة المصدرة للحكم بشأنه سواء أكان الحكم إجرائيّا أم موضوعيّا[1]، بمعنى أنّ القاضي يستنفد ولايته ولا يصير قاضيا بالنّسبة للمسألة الّتي فصل فيها.

ويكون تطبيق هذه القاعدة من وقت النّطق بالحكم، أمّا قبله فيُعتبر الحكم مجرّد مشروع يمكن تعديله وتغييره، فإذا حكمت المحكمة بعدم الاختصاص امتنع عنها الفصل في الدّعوى بعدئذ، وإذا حكمت باختصاصها وجب عليها الفصل في الموضوع[2].

وينتج عن إصدار المحكمة للحكم بشأن مسألة إجرائيّة أو موضوعيّة يطرحها النّزاع عدم قدرة المحكمة على الرّجوع عن الحكم أو تعديله بالحذف أو الإضافة حتّى لو كان ما قُضي به خطأ أو باطلا[1]، وحتّى ولو كان ذلك باتّفاق الخصوم أو من خلال تصحيح الحكم أو تفسيره لأنّ ذلك يعدّ صورة لتكرار الحكم[2].

ويكون أثر قاعدة استنفاد المحكمة لولايتها داخل الخصومة الّتي صدر فيها الحكم، ولهذا إذا نشأت خصومة جديدة أو خصومة طعن فيمكن الفصل فيما سبق الفصل فيه من الأحكام القطعيّة بشرط ألاّ تكون موضوعيّة لأنّها تحوز الحجيّة فيمتنع تجديد النّزاع فيها[3].

---

(1) انظر: أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ج2 ص552؛ مهاب جلال عبد البرّ، **تدرّج الحجيّة في الحكم القضائيّ**، (مقال منشور بمجلة هيئة قضايا الدّولة، مصر، العدد4، رقم192، أكتوبر-ديسمبر 2004م. ص10، قد يكون الحكم القضائيّ المستنفد لولاية القاضي صريحا أم ضمنيّا، "فالحكم الصّريح الصّادر في طلب موضوعيّ يعتبر في ذات الوقت حكما ضمنيّا باختصاص المحكمة وبصحّة الإجراءات وبقبول الدّعوى وبرفض الدّفوع الموضوعيّة الّتي وجّهت إلى هذا الطّلب، ومن ثمّ لا يجوز للمحكمة أن تعود في هذه الأحكام" (عبد الحكم فوده، **موسوعة الحكم القضائيّ**...ص2312)

(2) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص693؛ أحمد هندي، نفسه، ص552. وقال :" فإذا نطق به أصبح ملكا للخصوم وانقضت كلّ سلطة للقاضي في تناوله بأيّ تعديل مهما كان طفيفا " وهذا الكلام لا يصحّ لأنّ القاعدة من النّظام العامّ الّذي لا يمكن الاتّفاق على خلافه، وبالتّالي فليس ملكا للخصوم.

(1) انظر: عبد الحكم فوده، نفسه؛ مهاب جلال عبد البرّ، نفسه، ص10-11؛ أحمد محمّد حشيش، **مبدأ عدم جواز تناقض الأحكام**، 1997م، ص114.

(2) انظر: أحمد محمّد حشيش، نفسه، ص115.

(3) انظر: عبد الحكم فوده، نفسه، ص2312-2313.

2. مبرّر قاعدة استنفاد المحكمة لولايتها في القانون الوضعيّ. لمّا كان تصحيح الحكم يكون بطرق الطّعن المقرّرة قانونا، و لم يكن لأطراف الخصومة تجديد النّزاع فيما فصلت فيه المحكمة بحكم قطعيّ ولو باتّفاق منهم، لأنّ استنفاد الولاية يتعلّق بالنّظام العامّ[1].

وذلك لأنّ مراجعة الحكم من طرف المحكمة المصدرة له بالرّجوع عن الحكم أو تعديله يتنافى مع فضّ المنازعات الّذي وضعت العدالة لأجله، ويفتح المجال أمام القضاة لمراجعة الأحكام بشكل مستمرّ ممّا ينتج عنه عدم انتهاء النّزاع.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ مراجعة الأحكام من طرف المحكمة المصدرة لها يفتح المجال لمختلف التّفسيرات والتّأويلات حول حياد القاضي ونزاهته الّذي يمكن أن يحكم على أحد الطّرفين المتنازعين لصالح الآخر في حكم ثمّ يتراجع ليحكم على الطّرف الثّاني لصالح الأوّل، أو يحكم بإدانة متّهم ثمّ يتراجع ليحكم ببراءته أو العكس، ذلك أنّ القاضي لا يعدو أن يكون إنسانا قد يتغيّر رأيه وموقفه من النّزاع المعروض أمامه بمرور الوقت وحجج الخصوم، كما يمكن أن يكون ضحيّة الخصوم رغبة أو رهبة[2].

3. أوجه الاختلاف بين الحجيّة وقاعدة استنفاد المحكمة لولايتها[1]. ويمكن تحديد أوجه الاختلاف بين الحجيّة وقاعدة الاستنفاد في النّقاط التّالية:

أ– أنّ قاعدة استنفاد المحكمة لولايتها تلحق كلّ حكم قطعيّ، إجرائيّ أم موضوعيّ، أمّا الحجيّة فلا يحوزها إلاّ الحكم القطعيّ الفاصل في الموضوع دون الإجرائيّ.

ب– أنّ قاعدة استنفاد المحكمة لولايتها تلعب دورها في منع إثارة النّزاع داخل الخصومة القضائيّة، بحيث تمنع المحكمة من معاودة النّظر فيما فصلت فيه بحكم من مسائل الخصومة (إجرائيّا أم موضوعيّا)، كما تمنع الخصوم من إثارتها أمام ذات المحكمة، بينما يظهر دور الحجيّة خارج الخصومة القضائيّة وهذا بالنّسبة للخصومات الّتي تثور في المستقبل من خلال التّمسّك بالحكم السّابق الفصل فيه أمام ذات المحكمة أو المحاكم الأخرى[2].

---

(1) انظر: مها ب جلال عبد البرّ، **تدرّج الحجيّة**... ص11؛ عبد الحكم فوده، **موسوعة الحكم القضائيّ**...ص2311-2312؛ أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص694؛ أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص554.

(2) رغم أنّ المبدأ يتعلّق بالنّظام العامّ لاتّصاله بوظيفة القضاء وضرورة ممارستها مرّة واحدة إلاّ أنّ ذلك ليس بسبب ما ذكره عبد الحكم فوده وأحمد أبو الوفا من أنّ القاضي يكون قد استفرغ جهده وليس بمقدوره الإتيان بأحسن ممّا فعل، لأنّه لا يخفى أنّ استفراغ الجهد لا يمنع من السّهو والغفلة والجهل بأمور وقت الحكم، ولعلّ القاضي المصدر للحكم لو راجع القضيّة مرّة أخرى لتبدّى له أنّ ما قضى به هنالك ما هو أحسن منه.

(1) تتّفق قاعدة استنفاد المحكمة لولايتها مع قاعدة الحجيّة في منع نظر المسألة الواحدة والحكم فيها أكثر من مرّة منعا لمباشرة الوظيفة القضائيّة بخصوص قضيّة ما أكثر من مرّة.

(2) انظر: مهاب جلال عبد البرّ، نفسه، ص11-12؛ أحمد هندي، نفسه، ص555.

ج- إنّ أثر الحجيّة نسبيّ يقتصر على أطراف الخصومة وعلى من تدخّل أو أدخل فيها قبل الفصل، بينما أثر استنفاد المحكمة لولايتها داخل الخصومة مطلق بحيث تعمّ أطراف الخصومة وغيرهم، و لا يجوز بعد الفصل بحكم قطعيّ في مسألة من مسائل النّزاع أن تثار ولو من مدخل أو متدخّل.

د- إنّ حجيّة الأمر المقضيّ تظلّ سارية المفعول حتّى ولو تغيّر التّشريع وأصبح يتضمّن أحكاما مخالفة للتّشريع السّابق، بحيث لو عُرضت القضيّة في ظلّه لكان حكم القاضي فيها مخالفا لما حكم به في ظلّ التّشريع القديم، بخلاف استنفاد المحكمة لولايتها، فإنّ القاضي لو أصدر حكما قطعيّا إجرائيّا داخل الخصومة، ثمّ تغيّر التّشريع كان أهدر ذلك الاستنفاد، وكان للقاضي أن يراجع حكمه بما يتوافق مع التّشريع الجديد، ومثاله التّشريع الّذي يعدّل من اختصاص المحاكم[1].

ه- أنّ تعلّق قاعدة استنفاد ولاية المحكمة بالنّظام العامّ يوجب على المحكمة المصدرة للحكم متى عرضت عليها مسألة تمّ الفصل فيها (إجرائيّة أو موضوعيّة) أن تحكم بعدم ولايتها من تلقاء نفسها، بخلاف قاعدة الحجيّة الّتي قد لا تتعلّق بالنّظام العامّ في بعض التّشريعات وبالتّالي لا يجوز للمحكمة إثارتها من تلقاء نفسها[2]، كما هو الحال بالنّسبة لحجيّة الأمر المقضيّ في المادّة المدنيّة في القانون الجزائريّ حيث تنصّ المادّة 338 من قانونه المدنيّ على أنّه "لا يجوز إثارة المحكمة للحجيّة من تلقاء نفسها".

و- إنّ استئناف الحكم القضائيّ القطعيّ لا يؤثّر على قاعدة استنفاد المحكمة لولايتها، لأنّ المحكمة مصدرة الحكم لا تتصدّى لما سبق أن فصلت فيه، وسواء أأعادت محكمة الاستئناف القضيّة إلى محكمة الدرجة الأولى على اعتبار أنّها لم تستنفد ولايتها بعدُ بالنّسبة لموضوع النّزاع حتّى لا تفوّت على الخصم درجة من درجات التقاضي إذا كانت هذه الأخيرة إنّما فصلت في مسألة إجرائيّة فقط، أم تصدّت بنفسها لموضوع النّزاع إذا كانت محكمة الدّرجة الأولى قد استنفدت ولايتها بالنسبة للموضوع بحكمها فيه، فإنّه لا مساس في الحالتين بقاعدة استنفاد المحكمة لولايتها.

بينما يؤثّر استئناف الحكم القضائيّ القطعيّ على قاعدة الحجيّة إذا كان يتّصل بموضوع النّزاع عند القائلين بالحجيّة الموقوفة، إذ تظلّ حجيّة الحكم موقوفة ما دام لم يفصل في النّزاع، وبالتّالي يمكن رفع دعوى جديدة بالنّزاع المستأنف فيه، ولا يمكن دفعها بحجيّة الأمر المقضيّ للحكم المستأنف لأنّ حجيّته موقوفة لا متمسّك بها.

(1) انظر: وجدي راغب، **مبادئ القضاء المدنيّ**، دار الفكر العربيّ، ط1، 1986م، ص46.

(2) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص694.

أمّا عند القائلين بتمتّع الحكم القضائيّ بحجيّته رغم استئنافه فإنّ قاعدة الحجيّة لا تتأثّر بمجرّد الاستئناف، وبالتّالي لا يمكن رفع دعوى جديدة بالنّزاع المستأنف فيه، ويمكن دفعها بحجيّة الأمر المقضيّ[1].

ثانيا: تمييز حجيّة الحكم القضائيّ عن قوّة الأمر المقضيّ في القانون الوضعيّ.

يقوم نظام التّقاضي في القانون الوضعيّ بشكل عامّ على درجتين[2]، ولتمييز حجيّة الحكم القضائيّ عن قوّة الأمر المقضيّ أهميّة خاصّة نظرا لما يقع في الفقه القانونيّ والتّشريع والقضاء من الخلط بين مفهوم حجيّة الحكم القضائيّ (autorité de la chose jugée) ومفهوم قوّة الأمر المقضيّ (force de la chose jugée) رغم ما بينهما من فارق جوهريّ يتعلّق بما يهتمّ كلّ منهما بتنظيمه، ولذلك سأمهّد ببيان مفهوم قوّة الأمر المقضيّ ثم أعقبه ببيان الاختلاف الكائن بين المفهومين.

1. مفهوم قوّة الأمر المقضيّ في القانون الوضعيّ. المقصود بقوّة الأمر المقضي في المادّة المدنيّة "عدم قابليّة الحكم القضائيّ للطّعن بالطرق الاعتياديّة"[3]. ومعنى ذلك أنّ قوّة الأمر المقضي عبارة عن صفة ثابتة للحكم بامتناعه عن للطّعن فيه بالطرق الاعتياديّة للطّعن وهي الاستئناف والمعارضة، ولو كان قابلا للطّعن بالطرق غير الاعتياديّة متمثّلة في الطّعن بالنّقض والتماس إعادة النّظر، بل ولو طُعن فيه فعلا بأحد هذين الطريقين[1]، وهذه الصّفة تتحقّق في الغالب ببلوغ الحكم مرتبة يصل فيها إلى النّهائيّة بحيث يغدو لا يقبل الطّعن فيه بالمعارضة والاستئناف.

ومعنى هذا فإنّ معارضة المحكوم ضدّه في الحكم الغيابيّ أو استئنافه في الحكم الحضوريّ ضمن المواعيد المحدّدة قانونا تعتبر مانعة من حيازة الحكم لقوّة الأمر المقضيّ، وإذا رُفض هذا الاستئناف أو تلك المعارضة فقد اكتسب الحكم قوّة الأمر المقضيّ، وهو ذات ما يحدث لو أنّ المحكوم ضدّه فوّت على نفسه مواعيد

---

(1) يمثّل هذا الرأي الاتّجاه الفقهيّ في مصر (انظر: مهاب جلال عبد البرّ، **تدرّج الحجيّة**... ص22-25؛ أحمد ماهر زغلول، **الحجيّة الموقوفة** (أو تناقضات حجيّة الأمر المقضيّ في تطبيقات القضاء المصري)، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، ط2، 1995، ص9-21.

(2) تنصّ المادّة 06 من المشروع المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة إلى أنّه "المبدأ في التّقاضي أنّه على درجتين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

(3) انظر: السّنهوري. **الوسيط**...ج2ص632؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ وقوّته**...ص17؛ أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**... ص370.

(1) انظر: فتحي والي، **الوسيط**...ص165؛ أحمد أبو الوفا، نفسه؛ سمير عالية، **قوّة القضيّة المقضيّة** (مبدأ عدم جواز المحاكمة مرّتين عن ذات الفعل أمام القضاء الجزائيّ)، المؤسسة الجامعيّة للدّراسات والنّشر والتوزيع، ط2، 1407هـ-1987م، ص22-23؛ جلال عليّ العدويّ، **أصول أحكام الالتزام والإثبات**، ص331.

المعارضة والاستئناف، وكذلك حال كون الحكم غير قابل للطّعن فيه بالطّرق العادية ابتداء، وفي كلّ الأحوال فإنّ قوّة الأمر المقضيّ تظهر كصفة للحكم داخل الخصومة للدّلالة على امتناع الطّعن فيه بنوع محدّد من طرق الطّعن.

وخلافا لذلك فإنّ قوّة الأمر المقضيّ في المادّة الجنائيّة لا يتمتّع بها إلاّ الحكم الباتّ، وهو الّذي لا يجوز الطّعن فيه بالطّرق العادية وغير العادية للطّعن[1]، وتكون حيازة الحكم الجنائيّ لقوّة الأمر المقضيّ سببا لانقضاء الدّعوى العموميّة الرامية إلى تطبيق العقوبة، وهو ما نصّت عليه المادة 06 من قانون الإجراءات الجزائيّة الجزائري[2]، بمعنى أنّ حيازة الحكم الجنائيّ لقوّة الشّيء المقضيّ تعني نهاية الدّعوى العموميّة بما في ذلك طرق الطّعن الّتي كانت ممنوحة للأطراف، ولا يكون ذلك إلاّ للحكم الباتّ.

والمتأمّل لمفهوم قوّة الأمر المقضيّ في ظلّ ربطه بامتناع الطّعن فيه بالطرق العاديّة في المادّة المدنيّة، وامتناع الطّعن مطلقا في المادّة الجزائيّة يدرك أنّ نظام قوّة الأمر المقضيّ يعبّر في حقيقته عن صلاحيّة الحكم للتّنفيذ، ولا يقتصر الأمر على إمكانيّة إعمال نوع بعينه من طرق الطّعن، ولهذا فقد نصّت المادّة 102 من قانون الإجراءات المدنيّة على أنّ "للاستئناف أثر موقف ما لم ينصّ القانون على غير ذلك" فقد دلّ النصّ على أنّ عدم حيازة الحكم لقوّة الشّيء المقضيّ به يجعله فاقدا للصلوحيّة للتّنفيذ، ماعدا في حالات خاصّة وهي المعبّر عنها بالحكم مع النّفاذ المعجّل في الحالات الّتي يحكم فيها بموجب سند رسميّ أو وعد معترف به أو وجود حكم سابق نهائيّ وفي مواد النّفقة وحالات الاستعجال.

وكذلك نصّت المادة 1/499 من قانون الإجراءات الجزائيّة الجزائريّ على أنّه "يوقف تنفيذ الحكم خلال ميعاد الطّعن بالنّقض وإذا رفع الطّعن فإلى أن يصدر الحكم من المحكمة العليا في الطّعن، وذلك فيما عدا ما قضى فيه الحكم من الحقوق المدنيّة" فإنّ عدم حيازة الحكم لقوّة الشّيء المقضيّ فيه كان رديف عدم تنفيذ الحكم رغم أنّ ذلك كان بسبب الطّعن بالنّقض، وهو نفس ما دلّت عليه المادّة 238 من قانون الإجراءات المدنيّة إذ تنصّ على أنّه "ليس للطّعن بالنّقض أمام المحكمة العليا أثر موقف إلاّ في الحالات الآتية: 1- إذا تعلّق الأمر بحالة الأشخاص أو أهليتهم 2- في حالة وجود دعوى تزوير فرعيّة"

---

(1) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ وقوّته**... ص18.

(2) إذ تنصّ على أنّه "تنقضي الدعوى العموميّة الرامية إلى تطبيق العقوبة بوفاة المتّهم، العقوبة وبالتّقادم وبالعفو الشّامل وبإلغاء قـــانون العقوبات وبصدور حكم لقوّة الشيء المقضي" (القانون رقم 86-05 المؤرّخ في 4مارس 1986).

2. اختلاف مفهوم حجيّة الحكم القضائيّ عن قوّة الأمر المقضيّ في القانون الوضعيّ[1].

تختلف حجيّة الحكم القضائيّ عن قوّة الأمر المقضيّ في أمور أهمّها:

أ- أنّ الحجيّة صفة للحماية القضائيّة التي تمنح بواسطة الحكم القضائيّ، بينما قوّة الشّيء المحكوم فيه صفة لهذا الحكم من حيث عدم قابليته للطّعن بطرق معيّنة أو صلاحيّته للتّنفيذ، فهما فكرتان مختلفتان وليستا درجتين مختلفتين[2].

ب- أنّ الحجّية تثبت لكل حكم موضوعيّ يفصل في الخصومة، سواء أكان هذا الحكم نهائيّا أم ابتدائيّا، حضوريّا أم غيابيّا، على خلاف قوّة الأمر المقضيّ فهي مرتبة يصل إليها الحكم إذا أصبح غير قابل للطّعن فيه بالطرق الاعتياديّة في المادة المدنيّة وإذا أصبح غير قابل للطّعن نهائيّا في المادّة الجزائيّة.

ج- أنّ حجية الشّيء المقضيّ يظهر أثرها خارج الخصومة، وهو ما يظهر جليّا فيما سبق أن وضّحته من أثرها الإيجابيّ والسّلبيّ، على خلاف قوّة الأمر المقضيّ فإنّ أثرها يظهر داخل الخصومة للدّلالة على ما يتمتّع به الحكم من عدم قابليته للطّعن فيه بطرق معيّنة[1].

ويقع الخلط في كثير من الأحيان بين حجيّة الشّيء المحكوم فيه وقوّة الأمر المقضيّ، ومن ذلك أنّ المشرع الجزائريّ قد عبّر عن الحجيّة في المادّة 338 بـــ"قوّة الشّيء المقضيّ به" حيث نصّ على أنّ "الأحكام الّتي حازت قوّة الشّيء المقضيّ به تكون حجّة بما فصلت فيه من الحقوق" وكان الأولى التّعبير بالنّصّ على أنّ "الأحكام الّتي حازت حجيّة الشّيء المقضي به"[2].

---

(1) يترتّب عن الاختلاف الكائن بين حجيّة الشيء المحكوم فيه وقوّة الأمر المقضيّ أن يلتقيا في بعض أنواع الأحكام، ويختلفا في بعضـــها، بحيث أنّ كلّ ما ثبتت له قوّة الشيء المقضي فيه كان حائزا للحجيّة لا محالة، وليس كلّ حكم حائز للحجيّة حائزا لقوّة الشيء المقضي فيه، وهي في المادة المدنيّة كما يلي:1.**حكم غير قابل للطّعن أصلا**، فتثبت له بمجرد صدور حجيّة الأمر المقضيّ وكذا قوّته، ومثاله ما نصّت عليه المادة 57 من قانون الأسرة الجزائريّ: "الأحكام بالطّلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها الماديّة" 2.**حكم ابتدائي لم تنته مواعيـــد الطّعن فيه**: تثبت له حجيّة الحكم القضائيّ دون قوّته3.**حكم ابتدائيّ انتهت مواعيد الطّعن فيه**: ثبتت له حجيّة الأمر المقضيّ بصـــدوره، وتضاف إليها قوّة الأمر المقضيّ بانتهاء موعد الطّعن 4.**حكم ابتدائي طعن فيه**: تبقى حجيّة الحكم القضائيّ ثابتة له ما لم يتمّ إلغـــاؤه، ولا تثبت له قوّة الأمر المقضيّ إلى غاية الفصل في الطّعن5.**حكم استنفذ طرق الطّعن العاديّة**: تثبت له بمجرد صدور حجيّة الحكم القضـــائيّ، وتضاف إليها قوّة الأمر المقضيّ باستنفاذ طرق الطعن العاديّة.

(2) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ وقوّته**... ص17.

(1) انظر: إدوار غالي الذهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**... ص52؛ عبد الحكم فوده، نفسه.

(2) انظر: بكوش يحي، **أدلّة الإثبات**...ص373، وهو نفس ما ورد في المادة 1/405 من القانون المصري فقد عبّر بـــ"الأحكام الّـــتي حازت قوّة الأمر المقضيّ وهو يقصد حجيّة الأمر المقضيّ" (السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص633)، يقول أحمد السيّد صاوي بعد أن أورد نصّ المادّة 101 من قانون الإثبات المصري: "يقابل هذا النصّ نصّ المادّة 405 من القانون المدني القائم، و يؤخذ عليه أنّه استخدم تعبير"

ثالثا: تمييز حجيّة الحكم القضائيّ عن قوّته التنفيذيّة والثبوتيّة في القانون الوضعيّ.

تظهر أهميّة استصدار الأحكام القضائيّة على وجه الخصوص في إعمال قوّة إثباته كوثيقة رسميّة وكذا تحقيق مضمونه بتنفيذه، وهذان الأثران للحكم يشتركان مع نظام الحجيّة في مواصفات ويختلفان في أخرى.

1. تمييز حجيّة الحكم القضائيّ عن قوّته التنفيذيّة في القانون الوضعيّ. تختلف حجيّة الحكم القضائيّ (autorité de la chose jugée) عن القوّة التنفيذيّة للحكم (force exécutoire) التي تعني تحقيق مضمون الحكم بالقوّة الجبريّة أو صلاحيّة الحكم ليكون سندا تنفيذيّا في أمور هي[1]:

أ- أنّ الحجيّة قاصرة على الحكم القضائيّ على خلاف القوّة التنفيذيّة حيث تتمتّع بها كافة الأعمال الصّادرة من السّلطة العامّة، فهي كما تثبت للأحكام تثبت لكافّة السّندات الّتي خوّل القانون الأشخاص التّنفيذ بمقتضاها كالمحرّرات الموثّقة ومحاضر الصّلح.

ب- أثر الحجية سلبيّ وإيجابيّ كما سبق بيانه، على خلاف القوّة التنفيذيّة فمهمّتها إيجابيّة.

ج- أنّ الحجيّة تتقيّد بها المحاكم بصفة عامّة، على خلاف القوّة التنفيذيّة فيقوم بها الموظفون الإداريّون في الدّولة.

د- أنّ الحجيّة تشمل كل ما يقرّره الحكم القضائيّ، بينما القوّة التنفيذيّة للحكم تنصبّ على ما يمكن تنفيذه منه.

ه- أنّ الحجيّة تثبت لكل حكم قطعيّ ولو كان ابتدائيّا، بينما القوّة التنفيذيّة تكون للأحكام غير القابلة للطّعن بالاستئناف إلاّ إذا كان النّفاذ المعجّل منصوصا عليه في القانون أو مأمورا به في الحكم.

2. تمييز حجيّة الحكم القضائيّ عن قوّته الثبوتيّة في القانون الوضعيّ. يشترط القانون تدوين الأحكام القضائيّة بحيث تعتبر كتابتها شرطا لصحّتها، وهو ما تدلّ عليه المادّة 38 من قانون الإجراءات المدنيّة الجزائريّ حيث تشترط ضمن ما تشترطه فيه أن يكون مؤرّخا وموقّعا من طرف القاضي وكاتب الضبط، كما توجب المادّة 39 منه حفظ أصل الحكم الصّادر في كلّ قضيّة بكتابة الضّبط، وتلزم المادّة 41 منه هذه الأخيرة بتسليم نسخة تنفيذيّة أو رسميّة عن كلّ حكم بعد تسجيله بمجرّد طلبها.

الأحكام التي حازت قوّة الأمر المقضيّ" وهذا تعبير خاطىء، كثير الشيوع في الفقه والقضاء، إذ أنّ الحجيّة تثبت لكلّ حكم قطعيّ، بمجرّد صدوره...وعليه فإنّ تعبير نصّ المادّة 101 فيه خلط بين حجيّة الأمر المقضيّ وقوّة الأمر المقضيّ، الأمر الّذي يجب مراعاته" (**الشّروط الموضوعيّة**...ص8)

(1) انظر: إدوار غالي الدهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**... ص52؛ فتحي والي، **مبادئ قانون القضاء المدنيّ**، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، مصر، ط2، ص138.

وذلك أنّ الحكم القضائيّ إنّما وُجد ليصبح حجّة ويُستظهر كوثيقة رسميّة للإثبات أو محرّر رسميّ[1]، وهكذا فإنّ الحكم القضائيّ يغدو محرّرا رسميّا كسائر المحرّرات الرسميّة، وتكون له قوّة إثباتها بحيث يكون حجّة على الكافّة بما فيهم الخصوم بما تضمّنه من بيانات، فكلّ ما سجّله القاضي من إجراءات كالانتقال للمعاينة أو إحالة الدّعوى إلى التّحقيق، أو ما يثبته من مستندات الدّعوى، وكلّ ما يدوّنه ممّا وقع تحت سمعه وبصره من عمل نفسه أو ممّا يقوم به الخصوم أمامه يعتبر حجّة لا يمكن النّيل منه إلاّ عن طريق الطّعن بالتزوير[2].

وقد نصّت المادّة 324 مكرّر 5 من القانون المدنيّ عل أنّه "يُعتبر ما ورد في العقد الرسميّ حجّة حتّى يثبت تزويره، ويعتبر نافذا في كامل التّراب الوطنيّ"، إلاّ أنّ ذلك مشروط كما دلّت عليه المادّة 324 من القانون المدنيّ بأن يصدر طبقا للأشكال القانونيّة وفقا للمادّة 38 من قانون الإجراءات المدنيّة، وأيضا في حدود سلطة واختصاص القاضي، بأن يكون صادرا عن قاض وفي حدود ممارسة سلطته القضائيّة.

وتعتبر صورة الحكم حجّة بقدر مطابقتها للأصل، بحيث تعتبر مطابقة ما لم ينازع في ذلك أحد الأطراف، وإلاّ فتراجع على الأصل وفق ما نصّت عليه المادّة 325 من القانون المدنيّ، على اعتبار أنّ أصل الحكم يحفظ لدى الجهة القضائيّة الّتي أصدرته وفق ما تنصّ عليه المادّة 39 من قانون الإجراءات المدنيّة.

وإذا لم يوجد أصل الحكم فإنّ الصّور الرسميّة تعتبر حجّة في الإثبات ما دام مظهرها الخارجيّ لا يسمح بالشّكّ في مطابقتها الأصل وفق ماتنصّ عليه المادّة 2/326، ويظهر تميّز حجيّة الحكم القضائيّ عن قوّته الثبوتيّة واضحا بعد هذا الاستعراض لمفهوم هذه الأخيرة، ويمكن إجمالها فيما يلي[1]:

أ- أنّ القوّة الثبوتيّة تكون للحكم كوثيقة رسميّة أو محرّر رسميّ بينما الحجيّة تثبت للحكم باعتباره عملا قضائيّا، ولهذا فبينما تعمّ القوّة الثبوتيّة كلّ ما يقرّر القاضي وجوده من وقائع وطلبات ومستندات ومعاينة فإنّ الحجيّة تتعلّق فقط بما كان منه فصلا في موضوع النّزاع.

ب- يكفي لاكتساب الحكم القوّة الثبوتيّة أن يصدر من جهة قضائيّة وفقا للأشكال والشّروط المطلوبة قانونا ويجب لحيازته الحجيّة أن يكون فاصلا في موضوع النّزاع، ولهذا فالحجيّة تشتمل فقط المنطوق

---

(1) عرّفته المادّة 324 من القانون المدنيّ الجزائريّ على النّحو التّالي: "العقد الرسميّ عقد يثبت فيه موظّف أو ضابط عموميّ أو شخص مكلّف بخدمة عامّة ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشّأن وذلك طبقا للأشكال القانونيّة وفي حدود سلطته واختصاصه" و تنصّ المادّة 11 من قانون الإثبات المصري على أنّ "المحرّرات الرسميّة حجّة على النّاس كافّة بما دوّن فيها من أمور قام بها محرّرها في حدود مهمّته أو وقعت من ذوي الشّأن في حضوره ما لم يتبيّن تزويرها بالطّرق المقرّرة قانونا"

(2) انظر: السّنهوريّ، **الوسيط**...ج2ص634؛ فتحي والي، **قانون القضاء المدنيّ**، ج1ص277.

(1) انظر: فتحي والي، نفسه، ج1ص278.

وما كان من الأسباب مرتبطا ارتباطا وثيقا بالمنطوق مشتملا على فصل في النّزاع، ولا تحوز غيرها من الأسباب والوقائع حجيّة، وحتّى المنطوق الّذي لا يتضمّن فصلا في الموضوع.

ج- يشترط للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ وحدة الموضوع والسّبب والأطراف في المادّة المدنيّة، ووحدة المتّهم والوقائع في المادّة الجزائيّة بينما يكون الحكم حجّة أمام الكافّة في الإثبات.

د- أنّ المساس بحجيّة الحكم القضائيّ تكون عبر الطّعن بطرقه المحدّدة قانونا، بينما لا يمكن الطّعن في القوّة الثبوتيّة للحكم إلاّ بالطّعن بالتّزوير في ورقة الحكم، أو الادّعاء بمخالفة الصّورة للأصل.

خلاصة مقارنة

في خاتمة الحديث عن نشأة حجيّة الحكم القضائيّ وتمييزها عن الأنظمة المشابهة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ فإنّه يمكن تسجيل أهم أوجه الاختلاف والاتّفاق على النّحو التّالي:

1- من حيث نشأة الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ: نشأت حجيّة الأحكام القضائيّة في ظلّ الشّريعة واضحة جليّة في ظلّ النّصوص التي أضفت على الأحكام القضائيّة احتراما ومهابة مرتبطين بقداسة الأحكام الشرعيّة التي تتولّى أحام القضاء بيانها وكشفها للخصوم وفق الشّريعة المعلنة في نصوص القرآن والسّنّة والمتداولة بين أيدي المسلمين جميعا، بحيث أضحى التّسليم بما تضمّنته هذه الأحكام دليل الإيمان والصدق في الامتثال لأمر الله ونهيه ما دامت موافقة لما قضت به النّصوص الثّابتة الصّريحة، وهذا واضح في أكثر النصوص صراحة في تقرير الحجيّة وهو قوله تعالى: ([illegible])[1].

فإنّ واجب التّسليم للحكم القضائيّ المخبر عن حكم الشّريعة مانع للخصوم من رفع دعاوى مبتدأة بنزاع سبق الفصل فيه وإلاّ عُدّ ذلك عدم تسليم به، كما لا يكون للمدّعى عليه في دعوى جديدة يتمسّك فيها المدّعي بما تضمّنه حكم سابق من فصل أن يعترض عليه وإلاّ كان ذلك منه اعتراضا على حكم الشّريعة، وفي كلا الحالتين فإنّ ذلك لو حدث دليل على عدم إيمان المخاصم.

وخلافا لذلك فإنّ حجيّة الحكم القضائيّ قد نشأت غامضة في ظلّ القانون الوضعيّ حيث لم يكن يمنع القاضي أو الخصوم في ظلّ الشّريعة البابليّة من إعادة طرح النّزاع ونظره، وإنّما كان يمكن أن يعيد القاضي النّطق بما سبق النّطق به في الحكم الأوّل حال عرض النّزاع نفسه عليه، وحتّى في ظلّ القانون الرّماني الذّي قرّر قاعدة "عدم جواز التّداعي مرّتين" فإنّ عدم الاجتراء على إعادة طرح النّزاع لم يكن مؤسّسا على تسليم الخصوم ورضاهم بالحكم القضائيّ نظرا لموافقته للشّريعة المعلومة، بل كان إمّا لعدم الاجتراء على التّشكيك في الآلهة التي كانت الأحكام القضائيّة تُنسب إليها، أو لأنّ دفعا إجرائيّا حال دون نظر الموضوع بشكل نهائيّ ودائم، أو لأنّ عدم التزام المدّعي بحرفيّة النّموذج أدّى إلى رفض الدّعوى بحيث لا يمكن للمدّعي رفع الدعوى مجدّدا ولو قام بتصحيح النّموذج.

(1) **سورة النساء**، الآية 65.

2. من حيث تطوّر الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ. لم يكن تطوّرها في ظلّ الشّريعة الإسلاميّة والنّظام القضائي المستند إليها يتضمّن تغييرا في أساسيات المبدأ أو مفهومه، فلقد كانت تطبيقات الصّحابة رضي الله عنهم تسير في نفس الاتّجاه وتكرّس نفس قواعد التّعامل مع الأحكام القضائيّة السّابقة، وكذلك قعّد العلماء قواعد "عدم نقض الأحكام القضائيّة" و"حمل أحكام القضاء على الصحّة" مستلهمين ذلك ممّا سبق ذكره من النّصوص الصّريحة الثّابتة.

وعلى خلاف ذلك فقد تحوّرت حجيّة الحكم القضائيّ على مرّ الأزمنة في ظلّ القانون الوضعيّ وعكست مستوى من الثّقافة والتّحضّر الذّي تدرّج المجتمع الإنسانيّ في درجاته، فلم تكن في بدايته مانعة من إعادة طرح النّزاع أمام القضاء وإنّما كانت توجب على القضاة رفض الدّعوى أو النّطق بما سبق النّطق به، ثمّ ظهرت كصورة للتّسليم بحكم الآلهة الّذي يتولّى الكاهن الإخبار عنه نيابة عنها في أعيان المسائل ثمّ أضحت في أواخر العهود الرومانيّة محكومة باستيفاء الإجراءات برقع الدّعوى أمام البريتور بحيث تنقضي الدّعوى دون الحكم في موضوعها مع امتناع إعادة طرحها، وظلّ الشّكل سيّدا على الموضوع بحيث ترفض الدّعوى لعدم التزام حرفيّة النّموذج في عهد دعاوى النّماذج.

ورغم إقرار التّشريعات الحديثة لحجيّة الأحكام القضائيّة إلاّ أنّها لا تزال تتراوح بين الإقرار بحق المحكمة في إثارته من تلقاء نفسها أو اقتصار ذلك على الخصوم كدفع يتمسّك به المدّعى عليه وهذا لاختلافها في تحديد المصّلحة التّي قُررت لحفظها وحمايتها[1].

3–إنّ نظام استنفاذ المحكمة لولايتها يظهر لدى بعض الباحثين في فقه الشّريعة كصورة من صور الحجيّة، يدفعهم إلى ذلك الارتباط الوثيق الّذي يجمع حجيّة الحكم القضائيّ بقاعدة عدم نقض الأحكام القضائيّة، ذلك أنّ منع نقض الأحكام القضائيّة يتضمّن بدوره صورتين، صورة منع نقض القاضي لأحكام نفسه، صورة منع نقض القاضي أحكام غيره.

فأمّا الصّورة الأولى وهي منع نقض القاضي لأحكام نفسه فهي ما يقابل في ظاهره نظام استنفاذ المحكمة لولايتها، بينما يقترب معنى منع القاضي لأحكام غيره كما تتضمّنه كتب فقه الشّريعة كما سبق بيانه من مضمون حجيّة الحكم القضائيّ، بل يذهب هؤلاء الباحثين إلى عدّ امتناع القاضي عن نقض قضاء نفسه أثرا

(1) فبينما يتّجه بعض الفقه إلى اعتبار الحجيّة متعلقة بالنّظام العامّ في المادة المدنيّة يذهب اتجاه آخر إلى عدم عدّها كذلك، وقد انجرّ عن هذا التباين اعتبار بعض التّشريعات أنّ للمحكمة إثارة الحجيّة من تلقاء نفسها (التّشريع المصريّ) بينما اعتبرته أخرى قاصرا على إثارة الخصوم له (التّشريع الجزائريّ) (انظر مطلب: علاقة حجيّة الحكم القضائي بالنّظام العام في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ، ص 149-156 من هذا البحث).

من آثار الحجيّة[1] على اعتبار أنّ الحجيّة تمنع من إعادة المنازعة فيما قضي به لما ناله من حصانة في مواجهة القاضي مصدر الحكم ابتداءً، بينما يظهر استنفاذ المحكمة لولايتها في القانون الوضعيّ كنظام مختلف تماما، قد يتقاطع في بعض الآثار مع الحجيّة إلاّ أنّه يخضع لأحكام مختلفة عنها، فهو يلحق بجميع الأحكام القطعيّة سواءً أكانت إجرائيّة أم موضوعيّة بينما تقتصر الحجيّة على الموضوعيّة منها، كما أنّه يمارس دوره داخل الخصومة القضائيّة خلافا للحجيّة التي تلعب دورها خارجها (في الخصومات المستقبلة إضافة إلى فروق أخرى ذُكرت عند التّمييز بين النّظامين في القانون)[2].

ما يهمّني هنا هو أن أسجّل أنّ المسألة لا تعدو أن تكون اصطلاحيّة في أصلها، حيث يمكن أن نوسّع من مفهوم الحجيّة لتشمل مفاعيل نظام الاستنفاد، إلاّ أنّ ذلك سيضطرنا إلى تعديلات مهمّة في مفهوم الحجيّة ستؤثّر لا محالة على ما استقرّ عليه مفهومها في القانون الوضعيّ بحيث تغدو شاملة لجميع الأحكام القطعيّة سواء أكانت إجرائيّة أم موضوعيّة، وبذلك يصبح للحجيّة مجال أوسع من الأحكام الموضوعيّة، كما أنّ أثر الحجيّة لن يكون نسبيا على أطراف الخصومة وعلى من تدخّل أو أُدخل فيها وإنّما سيتوقّف على نوع الحكم، فإن كان إجرائيّا فإنّه سيعمّ أطراف الخصومة وغيرهم وإن كان موضوعيّا فإنّه سيقتصر على أطراف الخصومة ومن تدخّل فيها أو أُدخل فيها قبل الفصل، كما ستتأثّر الحجيّة المضافة للأحكام القطعيّة في المسائل الإجرائيّة بتغيّر التّشريع قبل الفصل في الموضوع، بحيث أنّها ستصبح هدرا في ظلّ التّشريع الجديد.

ولّما كان تمييز نظام الحجيّة عن نظام الاستنفاد إنّما ينطلق من أنّ كلاّ من الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ يحرص أن لا يحوز الحجيّة بمعناها الدّقيق إلاّ ما كان فاصلا في موضوع الدّعوى ومضمون النّزاع[3] دون سائر الأحكام الإجرائيّة التي لا تعدو أن تكون وسائل للوصول إلى الحكم الموضوعيّ فإنّ ما اعتمده القانون الوضعيّ من تمييز النّظامين جدير بالأخذ، وهو أوفق لما تضمّنته عبارات الفقهاء، إذ أنّهم في حديثهم عن منع القاضي عن العدول عن حكمه إنّما كانوا يضعون نصب أعينهم ما قضى به من أحكام موضوعيّة لا أحكام إجرائيّة، ولا يخفى أنّ التّمييز بين نظام الحجيّة ونظام الاستنفاد إنّما هدفه هو تحديد ما يُحتجّ به من أحكام القضاء في الدّعاوى المستقبلة وهو الأحكام الموضوعيّة التي تتضمّن فصلا في النّزاع أو في شقّ منه.

---

(1) انظر: محمّد نعيم ياسين، **حجيّة الحكم القضائيّ**... عدد3، ص140؛ عبد الحكم أحمد أشرف، **حجيّة الأحكام**...ص21 ؛ حسن بن أحمد الحمّادي، **نظريّة حجيّة الحكم القضائيّ**... ص71، ويؤكّده قرار المحكمة الاتحاديّة العليا الإماراتيّة بتاريخ1976/04/07(نقلا عن حسن بن أحمد الحمّادي، نفسه).

(2) راجع ص 71-74 من هذا البحث.

(3) انظر: مبحث شروط حيازة الحكم القضائيّ للحجيّة (شرط أن يكون الحكم فاصلا في الموضوع) ص 286-303 من هذا البحث.

4- يختلف نظام حجيّة الحكم القضائيّ عن قوّة الأمر المقضيّ من حيث مضمونه في كلّ من الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ وهذا على اعتبار أنّ الحجيّة ترتبط بما لهذا الحكم من أثر على الدّعاوى المستقبلة في منع تجديد النّزاع حول ما قضى به الحكم، بينما ترتبط قوّة الأمر المقضيّ بقابليّة الحكم للطّعن بالطّرق العاديّة أو صلاحيته للتنفيذ.

وإذا كان القانون الوضعيّ يعتمد مبدأ التّقاضي على درجتين بشكل تتمايز فيه مرحلة حيازة الحكم للحجيّة في المادة المدنيّة عن مرحلة حيازته لقوّة الأمر المقضيّ، فإنّ جانبا كبيرا من الفقه الإسلاميّ يرى أنّ الحكم القضائيّ يتمتّع منذ صدوره بحجيّة محدّدة القوّة منذ البداية اعتمادا على القول بأنّ نظام التّقاضي على درجة واحدة هو المعمول به.

ولقد سبق أن عرضت أدلّة القائلين بإمكانيّة اعتماد نظام التّقاضي على درجتين في الشّريعة الإسلاميّة وترجّح لي القول بذلك فإنّه يمكن تقرير عدم ارتباط حجيّة الحكم القضائيّ بقوّته كما يعتمده القانون الوضعيّ، وبغضّ النّظر عن القول بقيام نظام التّقاضي في الشّريعة الإسلاميّة على درجة واحدة أو على درجتين ومن أنّ الحكم الجنائيّ لا يحوز الحجيّة إلاّ إذا حاز قوّة الأمر المقضيّ به كما هو مقرّر في القانون الوضعي، فإنّ الأهم في المسألة جميعا هو أنّ النّظامين يظلاّن مختلفين من حيث الدّور والطّبيعة، وبالتّالي فإنّ تمييز نظام الحجيّة عن قوّة الأمر المقضيّ إنّما يقوم على اعتبار كونهما فكرتين مختلفتين لا درجتين مختلفتين.

الفصل الثّاني

مشروعيّة حجّية الحكم القضائيّ وأساسها وعلاقتها بالنّظام العامّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ

لا يكتمل الحديث عن تأصيل حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ ولا يصحّ إلاّ إذا تبيّن ما تقوم عليه من نصوص مشروعيّة واعتبار في كلّ منهما، وتوضّح ما تستند عليه من فلسفة وجود، لأجل ذلك كان التعرّض لبيان رعاية نصوص الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ لهذا المبدأ، ودلالتها على مفهومه ومعناه، وتطلّبها إيّاه، ضروريّا لتحقيق وجوده فيهما واستقرار معناه، وكان الحديث عن أساسه وعلاقته بالنّظام العامّ ضروريّا لتحقيق الفلسفة والفكر الّذين حكما إعمال الحجيّة فيهما.

ولهذا فقد تعرّضت لهذا الفصل في مبحثين على النّحو التّالي:

المبحث الأوّل: مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المبحث الثّاني: أساس حجيّة الحكم القضائيّ وعلاقتها بالنّظام العامّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المبحث الأوّل: مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

إنّ الحديث عن حجيّة الأحكام القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة يقتضي من النّاحية المنهجيّة ابتداء بيان رعاية نصوص الشّريعة لهذا المبدأ، ودلالتها على مفهومه ومعناه، وتطلّبها إيّاه، وقد سبق أن أشرت إلى أنّ هذا المصطلح "الحجيّة" وهذا المفهوم "حجيّة الحكم القضائيّ" نشأ في ظلّ القانون الوضعيّ والتّشريعات الغربيّة، وهذا لا يعني أبدا أنّ مضمونه غريب عن الشّريعة الإسلاميّة أو مجاف لها، بل إنّ هذا المعنى يجد السّند القويّ في نصوص الشّريعة الغرّاء، سندا قويّا أمتن مما يسنده به فقهاء القانون، ذلك أنّ الشّريعة الإسلاميّة حين بيّنت معالم الهدى بأحكامها، ودعت إلى نصب القضاة للحكم بها، قصدت أن تنال أحكامها المهابة والاحترام، وأن يسلّم بها الحاكمون والمحتكمون إليها متى سلك هذا الحكم منهجها واستقام على طريقتها.

كما أن الفقهاء الأعلام قد خَلصوا إلى قواعد عامّة جامعة في الفقه الإسلاميّ (خاصة المرتبط بالقضاء) ومقاصد كليّة لهذا الباب تعتبر سندا آخر قويّا في بيان اعتبار الحجيّة في نظام الشّريعة وروحها.

وقد راعني ما وجدته من إنكار بعض القانونيين الغربيين لوجود مبدأ الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة، وتبعهم على ذلك بعض المردّدين لأقوالهم رغم نصاعة ووضوح الأدلّة المنتصبة، فعرضت باختصار لمزاعمهم وتوليت الردّ عليهم.

أمّا في القانون الوضعيّ فتستمدّ الحجيّة مشروعيّتها من النّصوص الّتي تقرّر هذا المبدأ سواء في المادّة المدنيّة أم المادّة الجزائيّة في صورة التمسّك بالحجيّة أو الدّفع بها، وسواء أتعلّق الأمر بتقريره عامّة أم ارتبط بتفاصيل إعماله، وقد استقرّ التّشريع الوضعيّ على اعتباره والعمل به رغم ما بينه من اختلافات في نطاقه وشروط إعماله وعلاقته بالنّظام العامّ بشكل لا يمسّ استقرار المبدأ والتّسليم به.

وإذا كان شاغل هذا البحث هو تأصيل حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة ابتداء، فقد أفضت في عرض ما بدا لي دالاّ على معناها من نصوصها وقواعدها مع بيان دلالتها على الحجيّة، إذ أنّه كمصطلح غير معروف في نصوصها وقواعدها رغم استقرار معناه فيها، بينما لا يتطلّب بيان مشروعيّة الحجيّة في القانون الوضعيّ عناء بيان وتدليل لاستقرار المعنى وصراحة النّصوص، ولهذا فقد تعرّضت لهذا المبحث في مطالب ثلاثة على النّحو التّالي:

المطلب الأوّل: مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

المطلب الثّاني: الرّد على المنكرين لمبدأ حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

المطلب الثّالث: مشروعية حجيّة الحكم القضائيّ في القانون الوضعيّ.

المطلب الأوّل: مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

حاولت أن استقرأ نصوص الشريعة وقواعدها، وأن أتتبّع ما يشهد للحجيّة منها، فاستقرّ بي الأمر على أنّه كما أنّ لها شواهدا في الأدلّة التّشريعية التّفصيلية، فلها كذلك شواهد في القواعد العامّة من فقه القضاء الإسلاميّ، وهو ما يضاهي ويفوق ما ورد من نصوص قانونيّة تقرّر حجيّة الحكم القضائيّ في التّشريع القانونيّ، ولهذا كان التّعرّض لهذا المطلب في فرعين:

الفرع الأوّل: مشروعيّة حجيّة الحكم القضائي من نصوص الشّريعة الإسلاميّة وآثار الصّحابة.

الفرع الثاني: مشروعيّة حجيّة الحكم القضائي من قواعد الشّريعة الإسلاميّة.

الفرع الأوّل: مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ من نصوص الشّريعة الإسلاميّة وآثار الصّحابة.

لا ينفصل الحكم القضائيّ في حقيقته عن الحكم الشرعيّ، إذ هو إخبار عنه وإلزام به كما سبق ذكره[1]، وعلى هذا الأساس فإنّ كلّ نصّ موجب للتّسليم لحكم الشّريعة فيما فصل فيه هو نصّ موجب للتّسليم للحكم القضائيّ الفاصل في عين المسألة إذا التزم حدّ الإخبار عنه، وإذا سلّمنا ابتداءً بأنّ كلّ حكم قضائيّ ناقضَ أصلا من أصول الشّريعة هو في حكم العدم، مستحقّ للنّقض لإظهار بطلانه فقط "إذ لا حكم في الحقيقة حتّى ينقض"[2]، فتسميته بالحكم القضائيّ تجوّز لا حقيقة.

وإذا انطلقنا من قاعدة "أنّ الظاهر من أحكام القضاء الصحّة وموافقتها لحكم الشّارع ومنهجه"، فينتج لدينا التّقرير بأنّ كل ما ورد من نصّ موجب للتّسليم لحكم الشّريعة هو نصّ موجب للتّسليم بالحكم القضائيّ الحقّ، وهو الظّاهر الذي يحمل عليه كلّ حكم قضائيّ.

أمّا إذا سلّمنا للقائلين بأنّ الحكم القضائيّ هو إنشاء في مسائل الاجتهاد، وأنّه بمثابة النصّ من الله تعالى والحكم في تلك الواقعة كما يذهب إليه القرافي فالأمر هنا أوضح وأبين، والحكم القضائيّ والحكم الشرعيّ حقيقة واحدة، فيكون دليل أحدهما دليل الثّاني بلا شكّ.

أوّلا: مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ من نصوص القرآن الكريم.

وقد رصدت ثلاثة مواضع تتدرّج في صراحتها في الدّلالة على الحجيّة على النّحو التّالي:

---

(1) راجع تعريف القضاء على اعتبار كونه وظيفة ص 10-11 من هذا البحث.

(2) الإسنوي، **نهاية السّول**...ص158.

1. مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ من قوله تعالى: (... ...)[1].

تعتبر النّصوص الدّالّة على وجوب طاعة أولي الأمر من أظهر النّصوص في الدّلالة على حجيّة الحكم القضائيّ، ذلك أنّ القاضي هو في نظر الشّريعة من أولياء الأمور الّذين تجب طاعتهم، وإذا كانت طاعة الحاكم أو نائبه وواليه تكون بطاعتهم فيما يأمرون وما ينهون فإنّ طاعة القاضي إنّما تكون بالانصياع لما حكم به من فصل في الخصومة المعروضة عليه ويكون ذلك بتوفير الاحترام والمهابة والتّقدير لما يصدره من أحكام، وعدم المنازعة فيه بعد صدوره، قال الشّوكاني توضيحا لمعنى الآية: "لّما أمر سبحانه القضاة والولاة إذا حكموا بين النّاس أن يحكموا بالحقّ، أمر النّاس بطاعتهم هاهنا...وأولي الأمر هم الأئمّة والسّلاطين والقضاة وكلّ من كانت له ولاية شرعيّة"[2].

وتعرّف الطّاعة بأنّها الانقياد والموافقة، قال القرطبيّ[3]: "حقيقة الطّاعة امتثال الأمر كما أنّ المعصيّة ضدّها وهي مخالفة الأمر، والطّاعة مأخوذة من أطاع إذا انقاد"[4]، بل إنّ حقيقة الطّاعة تتجسّد في الامتثال التامّ الّذي تقترن فيه الاستجابة الظّاهريّة للحكم بالتّسليم الباطنيّ، ويرتبط فيه الانصياع الماديّ بالرّضا الدّاخليّ، فإنّ الطّاعة المطلوبة هي بذل الامتثال للحاكم ظاهرا وباطنا لأوامره ونواهيه[5].

ويكون الامتثال لأولي الأمر ظاهرا بتحقيق أوامرهم قدر المستطاع، بينما يكون الامتثال باطنا بالإخلاص لهم في البذل وصدقهم القول، ذلك أنّ إظهار الموافقة والانقياد مع إبطان المخالفة من أخطر مظاهر النّفاق المقيّضة لدعائم سلطان الدّولة وكيانها، فيكون هذا البذل للقضاة ظاهرا بترك المنازعة فيما فصلوا فيه من مسائل، وتنفيذ أحكامهم في الواقع وعدم التّحايل في تعطيلها أو إعاقتها، ويكون باطنا بالتّسليم والرّضا بما حكموا به من أحكام.

(1) **سورة النّساء**، الآية 59.

(2) **فتح القدير**، ج1ص608.

(3) هو محمّد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاريّ الخزرجيّ الأندلسيّ أبو عبد الله، من كبار المفسّرين، عرف بالصّلاح والعبادة، رحل من قرطبة إلى الشّام واستقرّ بمصر، وتوفّي بها سنة 671 هجريّة، من مؤلّفاته "التّذكار في أفضل الأذكار" و"التّذكرة بأحوال الموتى وأحوال الآخرة" "الأسنى في شرح أسماء الله الحسنى" (انظر: ابن العماد، **شذرات الذّهب**...ج5ص335).

(4) **الجامع لأحكام القرآن**، دار الكتب العلميّة، بيوت، لبنان، ج2ص38.

(5) ابن جماعة، **تحرير الأحكام**...ص19.

ويتقيّد هذا الامتثال الظّاهريّ والباطنيّ بشرط كون الحكم القضائيّ غير مخالف للثّابت من أحكام الشّريعة، إذ أنّ حقّ ولاة الأمور مشروط بعدم مخالفة أحكام الشّريعة لقوله ﷺ **"السّمع والطّاعة حقّ ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصيّة فلا سمع ولا طاعة"**[1].

قال وليّ الله الدّهلوي[2] معلّقا على الحديث: "لّما كان الإمام منصوبا لنوعين من المصالح الّذين بهما انتظام الملّة والمدن، وإنّما بعث النبيّ ﷺ لأجلها والإمام نائبه ومنفّذ أمره كانت طاعته طاعة رسول الله، ومعصيته معصية رسول الله، إلاّ أن يأمر بالمعصيّة فحينئذ ظهر أنّ طاعته ليست بطاعة الله وأنّه ليس نائب رسول الله ﷺ"[3].

ولهذا فإنّ واجب الامتثال للحكم القضائيّ ظاهرا وباطنا وعدم المنازعة فيه إنّما يستمد وجوده من عدم مجافاته لأحكام الشّريعة وقواعدها وإلاّ كان هَدرا في نظر الشّريعة وواجب النّقض في نظر القضاء المستند عليها وغير ملزم للمتقاضي ديانة ولو لزمه في واقع الأمر إلى أن يثبت تنكّبه عن صراط الشّريعة ويتخلّص منه بطلب نقضه وفسخه لأجل ذلك[4].

2. قوله تعالى: (...❒◆✄✍✏✦ ⑥⬧◆⬂▤⬈☠⬉ •• ✎⬉➔⌧◑♏✐🖬✿ ⬧♑⬅▤⬁☺♑❍♑⌚ 🗐 ❒◆♎➔❑◆ ♒⌧❷⌧③⬈⬅ ✍💻⬂◆♑❍✿✍☺✐.)[5]، يقول الطّبري[6] في تفسير الآية: "والله هو الّذي يحكم فينفذ حكمه، ويقضي فيمضي قضاؤه"[7]، ويقول الفخر

---

(1) أخرجه البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما، **الجامع الصحيح**، كتاب الجهاد والسّير، بـــاب السّـــمع والطّاعـــة للإمـــام، ح2888، ج6ص217.

(2) شاه الله وليّ الله بن عبد الرّحيم الغمريّ، ولد سنة 1114هجريّة، من مؤلّفاته "المسوّى في فقه الحديث" و"المصفّى للموطـــأ" باللّغـــة الفارسيّة، توفّي سنة 1176 هجريّة (انظر: **حجّة الله البالغة**، دار المعرفة، بيروت، ج1ص220)

(3) نفسه، ج2ص399-400.

(4) انظر: قاعدة "عدم نقض الأحكام القضائيّة..." ص 35-40 من هذا البحث.

(5) **سورة الرّعد**، الآية 41.

(6) هو محمّد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب أبو جعفر، ولد سنة 224 هجريّة، طاف في الأقاليم ثمّ استقرّ ببغداد، برع في التّفسير، من مؤلّفاته "أخبار الرّسل والملوك" و"خلاف الفقهاء" و"المسترشد في علوم الدّين" و"أحكام شرائع الإسلام"، توفي سنة 310 هجريّة (انظر: عبد الحيّ الفرماوي، **الطّبريّ**، مقال منشور **بموسوعة أعلام الفكر الإسلاميّ**، ص551)

(7) **جامع البيان في تفسير القرآن**، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1990، ج13 ص116.

الرّازي[1] في تفسير الآية:"والله يحكم نافذا حكمه خاليا عن المدافع والمعارض والمنازع"[2]، وقال القرطبيّ: "أي ليس يتعقّب حكمه أحد بنقض ولا تغيير"[3].

فخلص من فُهوم المفسرين للآية أنّ معنى كون حكم الله لا معقب له أنّه نافذ، والقضاء به ماض، وأنّه يجب أن يخلو من المدافع والمعارض والمنازع، وأنه يجب أن يسلم من النّقض أو التّغيير، وهو عين معنى الحجيّة.

وما يُفترض من احترام يناله الحكم القضائيّ أوكد في الحكم القضائيّ المخبر عن حكم الشّريعة، إذ أنّه لا ينال مجرّد الاحترام، بل ينال التّقديس والإجلال متى تأكّد المتقاضون أنّ القاضي قد حكم بينهم بمقتضى شرع خالقهم سبحانه وتعالى، وهذا التّقديس والإجلال والاحترام قدر مشترك بين القاضي المبلّغ للحكم والمحكوم له أو عليه، وهو ذات ما يمنعهم من تجديد النّزاع في المسألة المفصول فيها، لأنّ الشّريعة لّما قصدت إلزام المكلّفين بأحكامها، وكان الحكم القضائيّ المخبر عن حكمها في المسألة المقضيّ فيها وسيلة إلزامهم في أعيان مسائلهم وشؤونهم كان لزاما عليهم أن لا يتعقّبوا حكمها، ولا يغيّروا فيه، ولا يرفعوا دعوى جديدة مستأنفة في ذات الموضوع الذي ظهر فيه حكم الشّريعة واتّضح لينالوا بها حكما جديدا متنكبّا عن حكم الشّريعة مخالفا لها.

3. قوله تعالى: ([illegible])[4].

نفى النصّ بالقسم المهيب صفة الإيمان عن الّذين لا يتّخذون النبي ﷺ حَكَما في منازعاتهم، أو أولئك الّذين إذا حكم وقضى بينهم وجدوا في نفوسهم حرجا ممّا قضى به و لم يسلّموا لحكمه تسليما، وواضح أن الآية الكريمة قد بيّنت أنّ واجب المؤمن تجاه الحكم الشرعيّ المبلَّغ عبر الحكم القضائيّ هو التّسليم، وهو

---

(1) هو فخر الدّين أبو عبد الله بن عمر بن الحسين القرشي، الطّبري الأصل، ولد في الرّي. كان وجهة العلماء، مات بهراة سنة 606 هـ، من مؤلفاته "مفاتح الغيب" و"المحصول في علم الأصول" (انظر: (ابن حجر) أبو الفضل شهاب الدّين أحمد بن عليّ بن محمّد (ت 852هـ)، **لسان الميزان**، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، لبنان، 1971م، ج4 ص426).

(2) فخر الدّين أبو عبد الله محمّد بن عمر بن الحسين (ت606هـ)، **التّفسير الكبير**، دار إحياء التراث العربي، ط3، بيروت، لبنان، ج19 ص68.

(3) الجامع لأحكام القرآن، ج9 ص333.

(4) سورة النّساء، الآية 65.

الإذعان الخالص للحكم، قال الضحّاك[1] في تفسير قوله تعالى:(...ويسلّموا تسليما): "ويسلّموا لقضائك وحكمك، إذعانا منهم بالطاعة"[2]، وقال الرّازي في تفسيره: "سَلِمَ هذا الشيء لفلان، أي خَلُص له من غير منازع، فإذا ثقّلته بالتّشديد، فقلت: سلّم له فمعناه أنه سلّمه له وخلّصه له، هذا هو الأصل في اللّغة وجميع استعمالات التّسليم راجع إلى الأصل"[3].

وقد رُوي في سبب نزول الآية عن عروة[4] عن عبد الله بن الزّبير رَضِيَ اللهُ عَنهُ أنّه حدّثه أنّ رجلا من الأنصار خاصم الزّبير[5] عند النبيّ ﷺ في شراج الحرّة[6] التي يسقون بها النّخل، فقال الأنصاريّ:"سرّح الماء يمرّ"[7]، فأبى عليه، فاختصما عند النّبيّ ﷺ، فقال رسول الله ﷺ للزّبير: **"اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك"**، فغضب الأنصاريّ، فقال: أنْ كان ابن عمّتك! فتلوّن وجه رسول الله ﷺ، ثم قال: **" اسق يا زبير ثم احبس الماء حتّى يرجع إلى الجَدْر"**[8].

---

(1) هو الضّحاك بن مزاحم بن عبد مناف بن هلال بن عامر بن صعصعة الهلاليّ، اشتهر بالتّفسير، ومات سنة 102هجريّة (انظر: الشّيرازي، **طبقات الفقهاء**، ص93)

(2) انظر: الطّبري، **جامع البيان** ...ج5 ص100.

(3) **تفسير الرّازي**، ج10ص127.

(4) هو ابن الزّبير بن العوّام الأسديّ المدنيّ، ولد سنة 26 هجريّة، أحد فقهاء المدينة السّبعة وأحد أعيان التّابعين علما ودينا، اختُلف في وفاته بين 91 إلى 101 هجريّة (انظر: الشّيرازي، **طبقات الفقهاء**، ص58)

(5) الزُّبَيْرُ بن العَوَّام بن خُوَيْلِد بن أَسَدَ بن عبد العُزَّى بن قُصَي بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي القرشي الأسدي، يكنى أبا عبد الله، ابن عمة رسول الله، أسلم وهو ابن خمس عشرة سنة، وقيل اثني عشرة سنة، وكان إسلامه بعد أبي بكر رضي الله عنه بيسير، كان رابعاً أو خامساً في الإسلام، هاجر إلى الحبشة وإلى المدينة، شهد المشاهد كلها مع رسول الله، وشهد فتح مصر، وهو أحد العشرة المشهود لهم بالجنة، قتل سنة ست وثلاثين هجريّة، وكان عمره لما قتل سبعاً وستين سنة (انظر: ابن حجر، **الإصابة...ص**2791).

(6) الشّراج مجاري المياه من الحرّة إلى السّهل(انظر: ابن منظور، **لسان العرب**، ج2ص307؛ ابن سلام القاسم الهروي أبو عبيد (ت224هـ)، **غريب الحديث**، تحقيق عبد المعيد خان، دار الكتاب العربيّ، بيروت، لبنان، ط1396هـ،ج4ص2؛ ابن قتيبة عبد الله بن مسلم الدينوري أبو محمّد (ت276هـ)، **غريب الحديث**، تحقيق عبد الله الجبوري، مطبعة العاني، بغداد، ط1397هـ، ج1ص319) أمّا الحرّة فهي الأرض الّتي لبستها حجارة سود (انظر: ابن منظور، نفسه، ج6ص203) وقيل: " أرض ذات حجارة سود نخرة كأنّها أحرقت بالنّار، والجمع الحرار" (الجوهري، **مختار الصّحاح**، ج1ص55).

(7) قال ابن حجر:"وإنما قال له ذلك [أي سرّح] لأنّ الماء كان يمرّ بأرض الزّبير قبل أرض الأنصاريّ فيحبسه لإكمال سقي أرضه ثم يرسل إلى أرض جاره، فالتمس منه الأنصاري تعجيل ذلك فامتنع" (انظر: ابن حجر العسقلاني أحمد بن عليّ(ت852هـ)، **فتح الباري شرح صحيح البخاريّ**، تحقيق محمّد فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، كتاب المساقاة، ج5 ص307).

(8) الجدر ما رفع من أعضاد المزرعة لتمسك الماء كالجدار (انظر: ابن منظور، نفسه، ج4ص122؛ (ابن الجوزيّ) أبو الفرج عبد الرّحمان بن عليّ بن محمّد بن عليّ بن عبد الله بن حمادي بن أحمد بن جعفر (ت597هـ)، **غريب الحديث**، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1985م، ج1ص141).

فقال الزّبير :"والله إنّي لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك"[1].

ورُوي أنّها نزلت في رجل يهوديّ ورجل مسلم تحاكما إلى كعب بن الأشرف[2]، وعبارة الزّبير رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لا تجزم بأن حادثته مع الأنصاريّ هي سبب نزول الآية، ولهذا قال ابن حجر[3]: "والرّاجح رواية الأكثر وأنّ الزّبير كان لا يجزم بذلك"[4].

و لم يكتف النصّ بمجرد التّسليم للحكم بعدم المنازعة فيه والإذعان له، بل أوجب النصّ لاستحقاق صفة الإيمان خلوّ نفوس المتقاضين من كل حرج وضيق من الحكم الصّادر بشأن نزاعهم وشجارهم.

ففي تفسير الآية في قوله تعالى: (...[illegible]) قال ابن كثير: "أي إذا حكّموك يطيعونك في بواطنهم، فلا يجدون في أنفسهم حرجا ممّا حكمت به، وينقادون له في الظّاهر والباطن، فيسلّمون لذلك تسليما كلّيا من غير ممانعة ولا مدافعة ولا منازعة"[5].

وهذا منهج الشّريعة في ربط الظّاهر بالباطن، والفعل بالنيّة، وقصدها في تربية الوازع وشحذه، فلا تكتفي بالتّسليم للحكم القضائيّ ظاهرا بترك المنازعة فيه وترتيب آثاره، بل تمكّن لهذا الظّاهر بالسند والمحضن

---

(1) البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب المساقاة، باب سَكر الأزهار، ح2320، ج5 ص307؛ مسلم ، **صحيح مسلم**، كتاب الفضائل، باب وجوب اتّباعه ﷺ ، ح2357، ج4ص1829-1830، واللّفظ للبخاريّ.

(2) رواها الطّبريّ بسنده عن مجاهد، وروي عن الشّعبي نحوه إلا أنّه قال: تحاكما إلى الكاهن (**جامع البيان**... ج5 ص100) وهو سبب نزول الآية السّابقة لها وهي قوله تعالى: ([illegible]) (**سورة النّساء**، الآية60)

(3) هو أحمد بن عليّ بن محمّد بن محمّد بن عليّ بن أحمد العسقلانيّ المصريّ، ولد سنة 773 هجريّة، كان مرجعا في الحديث النّبــويّ، زادت تصانيفه على المائة وخمسين، معظمها في فنون الحديث، عرف بكثرة الحفظ، من ولي القضاء، من مؤلّفاته "تهذيب التّهذيب" و"لسان الميزان" و"الإصابة في تمييز الصّحابة"، توفّي سنة 852 هجريّة (انظر: أحمد عمر هاشم، **ابن حجر العسقلانيّ**، مقال منشور **بموسوعة أعلام الفكر الإسلاميّ**، ص251-253)

(4) ابن حجر، **فتح الباري**... ج 5 ص307.

(5) **تفسير القرآن العظيم**، ج2 ص306؛ نفس المعنى عند الرّازي (انظر: **التّفسير الكبير**، ج10 ص127).

الخصب في نفوس المؤمنين بها والمحتكمين إليها، فيتركون المنازعة عن قناعة ورضا، وهذا النصّ أوفى من سابقيه في الدّلالة على ما يكتسبه الحكم القضائيّ الشرعيّ من حجيّة وهذا من وجوه:

أ- أنّه صريح في الدّلالة على كون الحكم المذكور هو الحكم القضائيّ خصوصا، وليس الحكم الشرعيّ على عمومه كما يفهم من الآية الكريمة السابقة[1]، وصراحته هذه مستنتجة من عبارتي (⬄⚐←♑□✡⬃❹♦🖎 ♦❷⍓⤤☒⅄ ✍⍓☺⑩ᘜ▫ ☒🖰❑←☺⬁ℯ𝓇▤⍓⬩⬉③) و(🕭⬩ᘜ•⑩⬂☼❍✿)، فإنّ الحكم القضائيّ إنّما يكون بناء على دعوى وطلب حكم من الخصوم ومنازعة ومشاجرة، على خلاف الحكم الشرعيّ فقد لا يرتبط نصّه بسبب نزول أو ورود معيّن، ناهيك أن يقتصر على الحكم في المسائل الحادثة المتنازع فيها، كما أنّ عبارة (🕭⬩ᘜ•⑩⬂☼❍✿) محمولة على معناها المتبادر، وهو الحكم القضائيّ، وهو ما فهمه المفسرون كما سبق بيانه، قال النّسفي في تفسير الآية: "وينقادوا لقضائك انقيادا"[2]، وقال الشّوكانيّ: "ينقادوا لأمرك وقضائك انقيادا لا يخالفونه في شيء"[3]

فتصرّف النبيّ ﷺ هنا هو باعتبار كونه قاضيا لا مبلّغا، ولهذا استوفى للزّبير حقّه بعد أن اقترح وأشار عليه في البدء بما فيه سعة للأنصاريّ وله قصد الصلح، فلما أحفظه الأنصاريّ ولم يقبل بما أشار به، عاد النبيّ ﷺ إلى دوره الأساسيّ وهو الحكم في المسألة المتنازع فيها حكما قضائيّا ملزما.

ب- أكّد النصّ على وجوب التّسليم لقضاء النبيّ ﷺ تسليما لا يقترن بحرج يجده المتخاصم في نفسه، والتّسليم هنا تسليمان، تسليم لكونه حكم الشّريعة في المسألة المعروضة وتسليم بترك الهوى في مخالفة حكمها[4].

---

(1) الآية المقصودة هي قوله تعالى: (❒◆✂✍✏✦ ⑥⬩♦⬂▤⬈☧⬉ •• ⬉✎⬈➔⍓◑♏☞🖬✿ ⬋ᘜ⬩←▤⬁☺ᘜ❍ᘜ◷🗐 ❒◆➔❑◆ ⍾⍓❷⌧③⬈← ✍🖳⬂♦ᘜ❍✿✍☹☞) **(سورة الرّعد**، الآية 41).

(2) أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود (ت701 هـ)، **تفسير القرآن الجليل** (المسمّى مدارك التنزيل وحقائق التّأويل)، دار الكتاب العربيّ، بيروت، لبنان، ج1 ص330.

(3) **فتح القدير**، ج1 ص646.

(4) قال ابن عاشور: "ثمّ إنّ الإعراض عن التّقاضي لدى قاض يحكم بشريعة الإسلام قد يكون للطّعن في الأحكام الإسلاميّة الثّابت كونها حكم الله، وذلك كفر لدخوله تحت قوله تعالى: "أفي قلوبهم مرض أم ارتابوا" وقد يكون لمجرّد متابعة الهوى إذا كان الحكم المخالف للشّرع ملائما لهوى المحكوم له، وهذا فسوق وضلال" (محمّد الطاهر (ت 1313 هـ)، **التّحرير والتّنوير**، الدّار التّونسية للنّشر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984م، ج5 ص112).

وقد جاء في رواية أحمد بن حنبل[1] لحادثة الزّبير رضي الله عنه وخصمه السّابق ذكره: "...فاستوعى النبيّ ﷺ حينئذ للزّبير رضي الله عنه حقّه وكان النبيّ ﷺ قبل ذلك أشار على الزّبير رضي الله عنه برأي أراد فيه سعة له وللأنصاريّ، فلمّا أحفظ الأنصاريّ رسول الله ﷺ استوعى رسول الله ﷺ للزّبير حقّه في صريح الحكم"[2]، فتبيّن أنّ ما أشار به النبيّ ﷺ أوّلا كان من قبيل الصّلح، وهو ما أشار إليه الشّوكاني في تفسير قوله ﷺ: "ثم أرسل إلى جارك" قال:"كان هذا على سبيل الصّلح"[3]، فلما تلفّظ الأنصاريّ بما تلفّظ به قضى النبيّ ﷺ بحقّ الزّبير رضي الله عنه.

فتبيّن من ذلك أنّ الشّارع قصد لأحكام القضاء أن تكون محلّ انقياد وإذعان وتسليم ظاهريّ بعدم الاعتراض عليها، وباطنيّ بانتفاء الحرج النفسيّ منها، وهذا أبلغ ما يمكن أن يتوافر للحكم القضائيّ من حجيّة، فإن الحجيّة لا ينتج لها أثر حتّى تجد السّند القويّ في الاحترام والحصانة والمهابة.

فليست هذه الأمور مجرّد نصوص قانونية آمرة، وقواعد ملزمة للقاضي والمتقاضي، بل هي قبل ذلك شعور نفسيّ بالرضا الذي لا سخط فيه، واختيار لا حرج معه، وهو رضا واختيار مرتبط باستقرار صفة الإيمان واليقين، وهذا التّسليم والرضا قدر مشترك بين القاضي والمتقاضي، وكذا شامل لكل قاض بلغه الحكم، فلم يجز مع التّسليم بحث القضاة في سلامة الحكم القضائيّ ولا إحداث تغيير في الحكم أو تبديل يمسّ بالحقوق والمراكز الثّابتة بالحكم الصّادر ولا تجديد المتخاصمين للنّزاع بدعوى مبتدأة، ووجب أن ينصاع المتقاضون وذلك بتطبيق الحكم في الواقع وترتيب آثاره عليه، وهو عين ما يترتب على الحجيّة في المفهوم القانونيّ الوضعيّ من آثار.

يحسن بي قبل أن أغادر الحديث عن النّصوص الموجبة للتّسليم للحكم القضائيّ أن أذكر أن واجب التّسليم إنّما يكون للحكم القضائيّ متى استقام على منهج الشّريعة وقواعدها، و لم يخالف أصلا من أصولها،

(1) هو أحمد بن محمّد بن حنبل أبو عبد الله الشّيباني المروزيّ البغداديّ، ولد سنة 164 هجريّة، أحد الأئمّة الأربعة، اشتهر بالعلم والورع، جمع بين الفقه والحديث، توفّي ببغداد سنة 241 هجريّة (انظر: الذّهبيّ، **تذكرة الحفّاظ**، ج2ص431)

(2) **المسند**، مسند الزبير بن العوّام، ح1431، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، لبنان، ج1 ص269؛ وهي الزّيادة الواردة عند الطّبريّ في روايته، **جامع البيان**... ج5 ص100.

(3) **فتح القدير**، ج4 ص 164.

فلم يناقض قرآنا ولا سنّة ولا إجماعا وزاد بعضهم القياس الجليّ[1]، وذلك أن الفقهاء اعتبروا الحكم القضائيّ المخالف للأصول كالعدم، يجب نقضه بمعنى إظهار بطلانه، إذ لا حكم في نظر الشّريعة بهذا المعنى أصلا.

والعلّة في ذلك أنّ الحكم القضائيّ إنما نال ما ناله من مهابة واحترام وحصانة في بيانه لحكم الشّريعة في المسألة المعروضة، وتوسّله إلى إدراك قصد ومراد الشّارع فيها، فشرفه من شرفه، ومهابته وحصانته من مهابته وحصانته، والتّسليم للحكم القضائيّ إنما نشأ من التّسليم لحكم الشّريعة العصماء، فمتى حاد الحكم القضائيّ عن الحكم الشرعيّ كان هدرا وباطلا يجب إزهاقه، لا حرمة ولا حصانة له فلا تسليم له من القاضي ولا المتقاضي، وذلك "لأنّ روح الإسلام وقواعده تأبى أن تعترف بأيّ وضع يتبيّن بأدلّة كافية أنّه باطل، لأنّ الباطل منكر، والمنكر يجب تغييره"[2].

وقد ورد في رسالة عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعريّ رضي الله عنه: **"ولا يمنعنّك قضاء قضيته أمس فراجعت اليوم فيه عقلك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحقّ فإنّ الحق قديم ومراجعة الحقّ خير من التّمادي في الباطل"**[3].

ولهذا كان واجب القاضي المصدر للحكم متى اطّلع على تنكّبه للحقّ أن ينقضه من نفسه، وأن يرجع عنه، ولو كان فيه مساس بالحقوق والمراكز الثّابتة بالحكم القضائيّ، وكان واجب كلّ قاض اطّلع على هذا الحكم إبطاله، وكان مطلوبا ديانة من الخصوم أن يطلبوا نقضه، وأن لا يأخذ المحكوم له ما حكم له به[4].

ومثاله: أن يحكم القاضي بصحّة زواج بين أخ وأخت من الرّضاع وهو زواج محرّم، باطل لقوله تعالى: ([illegible] ...)[5]. فكان واجب

(1) راجع حالة وجوب نقض الحكم القضائيّ ص 38-40 من هذا البحث.

(2) محمّد نعيم ياسين، **حجيّة الحكم القضائيّ**... العدد3، ص135.

(3) سبق تخريجه ص33.

(4) في الحديث الشريف قوله صلى الله عليه وسلم: **"إنّكم تختصمون إليّ ولعلّ بعضكم أن يكون ألحن بحجّته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه فمن قطعت له من حقّ أخيه شيئا فلا يأخذه فإنّما أقطع له به قطعة من نار"** (متّفق عليه، عن أمّ سلمة رضي الله عنها واللّفظ لمسلم (انظر: البخاريّ، **صحيح البخاريّ**، كتاب الشّهادات، باب من أقام البيّنة بعد اليمين، ح2625، ج5 ص624؛ مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب الأقضية، باب الحكم بالظّاهر واللّحن بالحجّة، ح1713، ج3 ص1337).

(5) **سورة النّساء**، الآية 23.

القاضي الّذي أصدر الحكم متى اطّلع على مخالفته لحكم الشّريعة أن ينقضه من تلقاء نفسه، وكان واجب كل قاض يطّلع عليه أن ينقضه ويعلن بطلانه، وكان واجبا ديانة من الأخ والأخت من الرّضاع أن لا يرتبوا على هذا الحكم حقّا من الحقوق الثّابتة بالزوجية وهما يعلمان بواقع الأمر.

ثانيا: مشروعية حجيّة الحكم القضائيّ من نصوص السنّة.

وقد رصدت موضعين يدلاّن على حجيّة الحكم القضائيّ من السنّة المطهّرة.

1. قوله ﷺ: "لا يقضينّ أحد في قضاء بقضائين ولا يقضينّ أحد بين خصمين وهو غضبان".

إنّ من أظهر صور حجيّة الحكم القضائيّ أن يمتنع القاضي مصدر الحكم عن التعرّض للشّيء المقضيّ بالبحث والحكم فيه، وكذا يمتنع سائر القضاة إذا عرض عليهم ذات الموضوع من التصدّي له والحكم فيه من جديد، وكذا أن يمتنع الخصوم من تجديد النزاع بدعوى مبتدأة، بل إن من حقّهم أن يتمسّك بعضهم في مواجهة البعض الآخر بالدفع برفض دعوى خصومهم لسابقة الفصل فيها.

هذا المعنى يبدو جليّا في النّهي الوارد من النبيّ ﷺ عن القضاء في المسألة الواحدة بقضائين، فقد أخرج النّسائي عن أبي بكرة رضي الله عنه قال: "سمعت رسول الله ﷺ يقول:"لا يقضينّ أحد في قضاء بقضائين ولا يقضينّ أحد بين خصمين وهو غضبان"[1].

ونهي النبي ﷺ عن القضاء في الأمر بقضائين نهي عن حال لا يوجد إلا إذا قضى القاضي قضاء ثانيا بعد قضاء أول، فيكون نهيا عن القضاء الثّاني، ولا يمكن تسميته بالقضاء الثّاني إلاّ إذا كان مخالفا لما قضي به أوّلا، لأنه لو كان مطابقا لما قضي به أوّلا لما كان في الأمر قضاءان، بل قضاء واحد، فدلّ ذلك على أنّ النّهي الصّادر في حقّ اجتماع القضائين في قضاء واحد إنّما القصد منه هو النّهي عن القضاء الثاني.

ولّما كان لا يستقيم اجتماع القضاء الثاني مع الأوّل، لأنّه متى صدر قضاء بشأن أمر فقد امتنع حكما أن يصدر بشأنها قضاء آخر ولو حدث واقعا، لأنّ الثّاني في حكم العدم، لأنّه لم يوافق شرطه وهو عدم سبق الفصل فيه، فدلّ ذلك على أنّ النّهي عن القضاء الثّاني نهي دالّ على فساده لأن النّهي عن الشّيء لذاته دالّ على فساده كما قال ذلك جمهور العلماء[2].

---

(1) سبق تخريجه في ص 55 من هذا البحث.

(2) انظر: مصطفى سعيد الخنّ (ت2008م)، **أثر الاختلاف في القواعد الأصوليّة في اختلاف الفقهاء**، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط4، 1406 هـ -1985م، ص348.

كما أنّ القضاء في الأمر بقضائين قد يؤدي إلى الحكم بالمتناقضين، كأن يحكم بلزوم الدّين في قضاء أوّل ويحكم بسقوطه في قضاء ثاني، أضف إلى أنّ ذلك موهن بالقضاء مانع من قطع النّزاع الذي من أجله نُصب القضاة.

2. ما رواه الشّعبيّ[1] قال: "كان رسول الله ﷺ يقضي بالقضاء، ثمّ ينزل القرآن بغير الذي قضى فلا يردّ قضاءه ويستأنف"[1].

ففي الرّواية دلالة واضحة على ما يناله الحكم القضائيّ من الاحترام والتّسليم بحيث لم يكن نسخ الحكم الشّرعيّ الّذي بني عليه بعد ذلك سببا للنّيل منه بالنّقض لاتّصال الاجتهاد النّبوي بالقضاء فيه، فـــ"في الحديث دليل على أنّ رسول الله ﷺ في مثل هذا كان لا ينتظر الوحي، لكن يقضي برأيه فيصير ذلك شريعة، فإذا نزل القرآن بخلافه يصير ناسخا لتلك الشّريعة. فكان يعمل بالنّاسخ في المستقبل بما هو أحسن عنده، ولا ينقض ذلك القضاء الّذي كان منه برأيه الأوّل لأنّ حدوث الرأي الثّاني بمقابله، ونزل القرآن بخلافه ومع ذلك لم ينقض قضاءه الأوّل"[1].

وقد اختار حسن بن أحمد الحمّادي أن يستدلّ لحجيّة الحكم القضائيّ بالحديث الذي رواه البخاريّ[1] في حادثة قذف هلال بن أميّة لامرأته، حيث لم يرد النبيّ ﷺ قضاءه الأوّل بإجراء أيمان الملاعنة عندما تبيّن كذب المرأة واكتفى بقوله: " لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن"[1].

---

(1) هو أبو عمرو عامر بن شرحبيل الكوفي، إمام حافظ فقيه، ولد سنة 17هـــ، سمع من ابن عمر، ولي قضاء الكوفة، توفي ســـنة 104 هجريّة (انظر: الذّهبيّ، **تذكرة الحفّاظ**، ج1ص79)

(1) ذكره الخصّاف عن الشّعبيّ (انظر: (الحسام الشّهيد) حسام الدّين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاريّ (ت536هـــ)، **شرح أدب القاضي** للخصّاف أبي بكر أحمد بن عمر (ت261هـــ)، تحقيق أبو الوفا الأفغانيّ، وأبو بكر محمّد الهاشميّ، دار الكتب العلميّة، بـــيروت، لبنان، ط1، 1414هـــ-1994م. ص326).

(1) الشّاطبيّ، **الموافقات**...ج2ص207.

(1) هو أبو عبد الله محمّد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفيّ، ولد سنة 194 هجريّة بمدينة بخارى في بلاد فارس، حفظ الحـــديث صغيرا وعمره عشر سنوات، طوّف في سبيل العلم في أقطار شتّى، واشتهر بدقّة الحفظ سندا ومتنا للحديث، وتمييزه الصّحيح عن السّقيم، له

قال معلقا على العبارة في الحديث: "فالرّسول القاضي ﷺ فصل في المنازعة التي عُرضت عليه... وبهذا الفصل حاز الحكم حجيّة الأمر المقضيّ فيه، إذ أنّه بعد الحكم ظهرت أدلّة جديدة لم تكن عُرضت في الدّعوى، وظهر كذب المرأة، لكنّ النبيّ ﷺ احتراما لحجيّة الحكم الّذي أصدره، لم يعاود سماع الدّعوى مرّة أخرى، وتطبيق حدّ الزّنا على المرأة، حتى لا يتناقض مع حجيّة الحكم الّذي ترتّب على اللّعان"[2].

وهذا الاستدلال في نظري غير صحيح، تردّه عبارة الحديث وقواعد الشّريعة، وتأباه فهوم العلماء الشّارحين لمعناه وحكمه، فأمّا عبارة الحديث فهي واضحة في أنّ ما امتنع النبي ﷺ لأجله من أن يردّ ويبطل قضاءه الأوّل ليس هو مجرّد احترام حجيّة الحكم الذي أصدره، بل لأجل كون ما حكم به هو "كتاب الله" وحكم الشّريعة الإسلاميّة الّذي ما كان لرسول الله ﷺ أن يحيد عنه، فلا يكون معنى "**ما مضى من كتاب الله**" كما تصوّره الأستاذ الحمّادي أي ما مضى زمنا في الحكم الأول، بل معناه ما فصل من كتاب الله من درء الحد بأيمان الملاعنة، وهو واضح في الرّواية الأخرى للحديث بعبارة "**لولا الأيمان لكان لي ولها شأن**"[3].

مؤلّفات أشهرها "الجامع الصّحيح"، ومنها أيضا "الأدب المفرد" و"كتاب الضّعفاء" و"التّاريخ الكبير" و"التّاريخ الأوسط" و"التّاريخ الصّغير" و"العلل"، توفّي سنة 256 هجريّة (انظر: أحمد عمر هاشم، **البخاريّ**، مقال منشور **بموسوعة أعلام الفكر الإسلاميّ**، ص131-136).

(1) روى البخاريّ عن ابن عباس أنّ هلال بن أميّة قذف امرأته عند النبي ﷺ بشريك بن سمحاء، فقال النبي ﷺ: **"البيّنة أو حدّ في ظهرك"** فقال يا رسول الله، إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البيّنة؟ فجعل النبيّ ﷺ يقول: **"البيّنة وإلا حدّ في ظهرك"** فقال هلال: "والّذي بعثك بالحقّ إنّي لصادق فليترلن الله ما يبرئ ظهري من الحدّ"، فترل جبريل وأنزل عليه: (❒◆✁✃✍⅄🔔✎➪×◆③◆❷⬀✌⇖❑♌◆ 📖❒🙰⬂❒◆🕓♉⬕♑←☠⬀...) فقرأ حتى بلغ (...☽⛒☼❋❍←◆🕛) فانصرف النبي ﷺ فأرسل إليها، فجاء هلال فشهد والنبيّ ﷺ يقول: **"إن الله يعلم أن أحدكما كاذب، فهل منكما تائب"**، ثم قامت فشهدت فلمّا كانت عند الخامسة وقّفوها وقالوا إنّها موجبة، قال ابن عباس: فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها ترجع، ثمّ قالت: لا أفضح قومي سائر اليوم، فمضت، فقال النبيّ ﷺ: **أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الأليتين خدلّج الساقين فهو لشريك بن سمحاء**، فجاءت به كذلك فقال النبيّ ﷺ: **"لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن"** (كتاب تفسير القرآن، باب ويدرأ عنها العذاب.. ح4629، ج9 ص381).

(2) نظريّة حجيّة الحكم القضائيّ...ص95.

(3) انظر: (أبو داود) سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزديّ السجستاني (ت275هـ)، **السّنن**، رواه عن ابن عباس، كتاب الطّلاق، باب في اللّعان، ح 2257، دار إحياء التّراث العربيّ، بيروت، لبنان، ج6 ص344، أحمد، **المسند**، مسند عبد الله بن عباس، ح 2140، ج1 ص394؛ البيهقي، **السّنن الكبرى**، كتاب اللّعان، ح15570، ج11ص332، كلّهم بعبارة "لولا الأيمان لكان لي ولها أمر".

ولهذا لم يتردد الشرّاح في فهم العبارة على أن "المراد أنّ اللّعان يدفع الحدّ عن المرأة..."[1] و"على أنّ الأيمان هي المانعة"[2]، وليس مجرّد سبق الحكم.

أمّا قواعد الشّريعة فإنّها تقضي بأنّه لا اجتهاد مع النصّ، وبالتّالي فإنّ ورود النصّ في قوله تعالى:
(❐◆✂✍⚘✗◆ ◆③◆❷⬀✌⇖❑♌◆ 🕮❐♾⬂❐◆🕒♉⍄♑←☠⬀
❐◆🕤☜⍆⇔ ③◆▤↗♊ ▭⌗●←☠⬀ ✸→❦❏⑨⍄✂✍↗↓ ☽⚖◆✌
🕮❐✡→○🕜♑←☠⬀ ▫◆⌖◆♑⍄🕔⑨⍄❐↗ 🕮■◆⑨♎♎⍆⇔
🕮❐❻⬀⬂↗← ⅄⊠♒◆🕔⑨⍄🕒☠⊙ ⬂⚖☞✍★ · ☽⚖❂✡❍→🕔
☜✐⍅☺♎⌘ ✂✍🕔●⊙🕔⑨♎⇮♎✓▫⤘ ❐◆✂✍💻⬂③◆🕒☺♎○❁❏➔
🕮❐♌❏ ☜🕤◆➔⬃☪◆💣❁ ✂✍✍★ ⇖◆💾■⓿⬂○♎ ☽⚖♌ ✍⊠⌂♌◆ ✌♎♊⌘
✂✍🕤⬂▤◆🕔⓿☞⬂☜✓×◆...)[3] قد أغلق الباب أمام الاجتهاد فوقف النبي ﷺ و لم يعمل ما ظهر من أمارات لكونه معارضا لنصّ، وليس لكونه سبق الفصل فيه.

قال ابن القيّم في شرح العبارة: "...ويريد بالشّأن –والله أعلم– أنّه كان يحدّها لمشابهة ولدها للرّجل الّذي رُميت به، ولكنّ كتاب الله فصل الحكومة، وأسقط كل قول وراءه، و لم يبق للاجتهاد بعده موقع"[4]، ولهذا لو عرضت حالة مشابهة وجد فيه شبه الولد بمن رمي به، ولاعنت الزّوجة كان الواجب التوقّف عند الملاعنة وعدم النّظر إلى الشّبه وإلاّ كان هذا تقديما للاجتهاد على النصّ، وهو غير مشروع البتّة[5].

كما تقتضي قواعد الشّريعة بدرء الحدود بالشّبهات وتضييق سبل إثبات حادثة الزّنا، وحصرها في شهادة أربع شهود عيان، وهو حكم سابق لحادثة هلال بن أميّة مع امرأته بدليل قوله ﷺ له: **"البيّنة أو حدّ في ظهرك"**، كما أنّ الزّوجيّة قائمة بينهما كافية لإثبات نسب الولد للزوج لو لم يقع لعان.

---

(1) (الشّوكاني) محمّد بن عليّ بن محمّد بن عبد الله (1255هـ)، **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيّد الأخيار**، دار الجيل، بيروت، لبنان، ج7 ص68.

(2) (الشّاطبيّ) إبراهيم بن موسى بن محمّد اللّخمي الغرناطي(ت790هـ)، **الموافقات في أصول الشّريعة**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط3، 1424هـ-2003م، ج2ص207.

(3) **سورة النّور**، الآية 6.

(4) **إعلام الموقّعين**...ج1 ص524.

(5) قال الشّوكاني: "ويستفاد منه أنه ﷺ كان يحكم بالاجتهاد فيما لم ينزل عليه فيه وحي خاصّ، فإذا نزل الوحي بالحكم في تلك المسألة قطع النّظر وعمل بما نزل وأجرى الأمر على الظّاهر، ولو قامت قرينة تقتضي خلاف الظاهر" (**نيل الأوطار** ...ج7 ص68-69)

ممّا يستدعي التّروي في فهم قوله ﷺ عندما ظهر شبه المولود بشريك بن سمحاء: "لولا الأيمان لكان لي ولها شأن"، فإنّه لا يستقيم الفهم بأنّ النّبيّ ﷺ كان سيقيم عليها حدّ الزّنا بمجرّد ظهور شبه الولد بشريك بن سمحاء وهو أولى البشر بالالتزام بنصّ الآية الكريمة، كما أنّه لم يقم للشّبه وزنا في بداية الأمر حينما عرض عليه هلال بن أميّة مصيبته، بل بيّن أنّه إن لم يستطع إقامة البيّنة استحقّ جزاء القذف، و لم ينقذه من العقوبة إلاّ نزول آية الملاعنة بين الأزواج.

فلمّا نزلت آية الملاعنة وضعت كلاّ من الزّوجين في خيار صعب، خاصّة وأن أحدهما كاذب لا محالة، إمّا أن يلاعن ويستوفيَ العدد المشروع من القسم فينجو من العقوبة، وإمّا أن يُحجم فيستحقّ الزّوج بذلك حد القذف إن أحجم هو أو تستحق الزّوجة حدّ الزنا إن أحجمت هي، فإن لاعن كلاهما لم تقم عليهما عقوبة.

فلا يستقيم الظنّ بأنّه لا يمكن لو ظهر الشّبه قبل الملاعنة ثم نزل نصّ أن يدعَ النبيّ ﷺ حكم الملاعنة الذي شرعه الله تعالى، والذي تنجو المرأة به من العقاب، ويسلك طريق إثبات الزّنا عليها بشبه الولد بمن رميت به، وفي هذا تعطيل لحكم الله تعالى بغير البيّنة التي نصّت عليها الآية المتقدّمة، فنتج أنه لا يصلح فهم قوله ﷺ: "لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن" إلاّ بمعنى أنّه لولا ما ذَكَرَتْه من أيمان أنجتها من العقوبة.

وليس هذا متمسّك البتّة للحمّاديّ، لأنّ الشّبه ليس دليلا تُبنى عليه الحدود، ولأنّ عدم رجوع النبيّ ﷺ عن قضائه الأوّل كان التزاما بنصّ الآية الأولى المحدّدة لدليل إثبات الزّنا بالبيّنة، وبنصّ الآية الثّانية المبيّنة أنّ الملاعنة دارئة للحدّ.

أمّا فهوم شرّاح الحديث فقد تنوّعت في النّظر إلى الحديث وما يستنبط منه، فمنهم من اعتبر الشّبه دليلا أو قرينة أُلغي العمل بها، قال ابن القيّم: "فهذا –والله أعلم– إنّما أرد به لولا حكم الله بينهما باللّعان لكان شبه الولد بمن رُميت به يقتضي حكما آخر غير، ولكنّ حكم الله باللّعان ألغى حكم هذا الشّبه، فإنّهما دليلان، وأحدهما أقوى من الآخر، فكان العمل به واجبا، وهذا كما لو تعارض دليل الفراش ودليل الشّبه، فإنّنا نعمل دليل الفراش ولا نلتفت إلى الشّبه بالنصّ والإجماع"[1]، قال الشّاطبي[1]: "وامتناعه ممّا همّ به يدلّ على أنّ ما تفرّس به لا حكم له حين شرعيّة الأيمان"[2].

---

(1) إعلام الموقّعين... ج2 ص97.

ومنهم من اعتبر أنّ ما ذكره النبيّ ﷺ من صفات الشّبه المبيّن آنفا إنّما هو من أمر الوحي الّذي لا يمكن أن يُبنى عليه استدلال، قال السّرخسي[3]: "ومثل هذا لا يُعرف إلا بطرق الوحي، ولا يتحقق مثله في زماننا"[4].

فيكون بيانه لصفات المولود قبل ولادته، ومجيئه على وفقها، إنّما المقصد منه إجراء المعجزة على يده ﷺ بخبر الغيب، وكبت المرأة بكذبها، وتصديق الصّحابي الغيور على عرضه وفي هذا أعظم العبرة.

ولهذا جزم الشّوكاني بأنّه "لو كان خطأ [أي درء العذاب عنها بالملاعنة] لم يترك استدراكه والعمل بما عرفه"[5]، وهو ﷺ إنّما مأمور بالأخذ بالظّواهر، وبيانا لقوله ﷺ: **"لولا الأيمان لكان لي ولها شأن"** قال النّووي[6]: "... لما أمر الله تعالى أمّته باتّباعه والاقتداء بأقواله وأفعاله وأحكامه أجرى له حكمهم في عدم الاطّلاع على باطن الأمور ليكون حكم الأمّة في ذلك حكمه، فأجرى الله تعالى أحكامه على الظّاهر الّذي يستوي فيه هو وغيره ليصحّ الاقتداء به وتطيب نفوس العباد للانقياد للأحكام الظّاهرة من غير نظر للباطن. والله أعلم"[7].

ثالثا: مشروعية حجيّة الحكم القضائيّ من آثار الصّحابة.

---

(1) هو إبراهيم بن موسى بن محمّد اللّخميّ الغرناطيّ، الشّهير بالشّاطبيّ، أصوليّ حافظ، من أئمّة المالكيّة، من تصانيفه "المجالس" و"شرح كتاب البيوع من صحيح البخاريّ" و"الاعتصام" و"الإفادات والإنشادات"، توفّي سنة 790 هجريّة (انظر: الزركلي، **الأعلام**، ج1ص75)

(2) **الموافقات**...ج2 ص207.

(3) هو أبو بكر شمس الدّين محمّد بن أحمد بن أبي سهل، نسبة إلى سَرَخس، وهي بلد بخراسان، كان إماما متكلّما فقيها أصوليّا مناظرا، اشتهر بذكائه، ألّف كتابه المبسوط وهو في السّجن، توفّي في حدود 500 هجريّة، من مصنفاته "شرح الجامع الصّغير" و"شرح الجامع الكبير" و"المبسوط" (انظر: أبو الوفا الأفغانيّ، مقدّمة كتاب **أصول السّرخسيّ**، ص4-8)

(4) السّرخسي (ت490هـ)، **المبسوط**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، 1993م، ج7 ص39.

(5) **نيل الأوطار**...ج4 ص171.

(6) هو محيي الدّين أبو زكرياء يحي بن شرف الدّين بن مريّ بن حسن بن حسين بن محمّد بن جمعة بن حرام النّوويّ الشافعيّ، ولد سنة 631 هجريّة بقريّة نوى بالشّام، حفظ القرآن صغيرا، ولازم الفقهاء، واشتغل بشرح الحديث، من مؤلّفاته "تهذيب الأسماء والصّفات" و"منهاج الطّالبين في مختصر طبقات الشّافعيّة" و"نزهة المتّقين"، توفّي سنة 676 هجريّة (انظر: الزّركليّ، **الأعلام**، طبعة مصر، ط2، ج9 ص184)

(7) يحيى بن شرف بن مري بن حسن الخزامي الحوراني أبو زكريا محيي الدين(ت676هـ)، **شرح النّووي**، كتاب الأقضية، دار الفكر، ج12 ص5.

إنّ الباحث في أقضية الصّحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ لا يعدم ما يدلّ على امتناعهم عن ردّ قضاء أنفسهم أو قضاء بعضهم بعضا بعد صدوره ما دام المجال مجال اجتهاد، ولو بدا لهم أنّ القضاء الأوّل قد أُسّس على اجتهاد مجانب للصّواب[1]، وهو ما يدلّ على فقه راسخ منهم رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ يمثّل الأساس القويّ للقول بحجيّة الأحكام القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة، إذ هم أوعى النّاس بقواعدها وأعلمهم بحقائقها، خاصّة إذا ورد ذلك عن أكثرهم صحبة وفقها.

من ذلك ما رُوي عن عمر بن الخطّاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في المسألة المشتركة عن الحكم بن مسعود الثّقفيّ قال: "شهدت عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أشرك الإخوة من الأب والأم مع الإخوة من الأم في الثلث، فقال له رجل: لقد قضيت عام أوّل بغير هذا.

قال: فكيف قضيت؟ قال: جعلته للإخوة من الأب والأمّ ولم تجعل للإخوة من الأم شيئا. قال: تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا"[2].

قال ابن قيّم الجوزيّة[3] تعليقا على الرّواية: "فأخذ أمير المؤمنين في كلا الاجتهادين بما ظهر له أنّه الحقّ، ولم يمنعه القضاء الأوّل من الرّجوع إلى الثّاني، ولم ينقض الأوّل بالثّاني، فجرى أئمة الإسلام بعده على هذين الأصلين"[4].

والّذي يعنيني هو ما أشار إليه ابن قيّم الجوزيّة من أنّ عمرا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لم ينقض حكمه الأوّل بالثّاني رغم أنه قد تبيّن له أنّ الصّواب في غيره على ضوء الاجتهاد الجديد، قال ابن قدامة[5]: "وإن تغيّر اجتهاده ولم

---

(1) قال ابن قدامة: "إنّ أبا بكر حكم في مسائل باجتهاده وخالفه عمر ولم ينقض أحكامه وعليّ خالف عمرا في اجتهاده فلم ينقض أحكامه، وخالفهما عليّ فلم ينقض أحكامهما"(**المغني**، ج14 ص5).

(2) سبق تخريجه ص 55 من هذا البحث.

(3) هو شمس الدّين أبو عبد الله محمّد بن أبي بكر بن أيّوب بن سعد الزّرعيّ الدّمشقيّ الحنبليّ، فقيه وأصوليّ ومفسّر ونحويّ، أخذ عن شيخه ابن تيميّة ولازمه، توفّي بدمشق سنة 751هـ، من مؤلّفاته "زاد المعاد" و"تهذيب سنن أبي داود" و"شرح منازل السّائرين" (انظر: ابن العماد ، **شذرات الذّهب**...ج6ص168)

(4) **إعلام الموقّعين**...ج1 ص87.

(5) هو أبو محمّد موفّق الدّين عبد الله بن أحمد بن قدامة بن مقداد المقدسيّ الحنبليّ، إمام ثقة حجّة، ولد بجماعيل، ونشأ بدمشق، رحل إلى إلى بغداد فسمع بها من الشّيخ عبد القادر الكيلانيّ وغيره، من تصانيفه "المغني شرح الخرقي" و"المقنع" و"الرّوضة" و"البرهان في مسألة القرآن" و"منهاج القاصدين"، توفّي بدمشق سنة 620 هجريّة (انظر: ابن العماد، نفسه، ج5ص88؛ الذّهبيّ شمس الدّين محمّد بن أحمد بن عثمان (ت748هـ)، **سير أعلام النّبلاء**، مؤسسة الرّسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1401هـ-1981م، ج22ص165)

يخالف نصّا ولا إجماعا لم ينقض حكمه لما رُوي عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنّه حكم في المشرّكة بإسقاط ولد الأبوين ثم شرّك بينهم بعد"[1].

وهذا الّذي أخذ به أمير المؤمنين رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يُعتبر سندا قويّا للقول بحجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة لأنّ من أهمّ آثار الحجيّة الإيجابيّة كما سبق بيانه امتناع القاضي عن إحداث تغيير أو تبديل في الحكم بعد صدوره يؤثّر على المراكز الشرعيّة للأشخاص.

وهذا ظاهر لو أنّ عمرا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عاد فأشرك الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم في الثّلث في القضيّة الأولى حيث سيقلّ نصيب الأخوين لأم كما يرث الإخوان الشقيقان بعد أن لم يأخذا شيئا، وهذا كله مدعاة للبحث في سلامة الحكم القضائيّ وهو ما يتنافى مع حجّيته، ولهذا أجاب عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ السّائل "تلك على ما قضينا"، بمعنى قرّر واجب الامتناع عن الخوض والبحث فيما سبق الفصل فيه، وهو عين الحجيّة.

و لم يتردّد ابن قيّم الجوزيّة في أن يفسّر رسالة عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في القضاء إلى أبي موسى الأشعريّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في قوله: "ولا يمنعنّك قضاء قضيت به في اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه إلى رشدك أن تراجع فيه الحقّ، فإنّ الحقّ قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحقّ خير من التّمادي في الباطل"[2] على وجه يتوافق مع اعتماد عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لحجيّة الحكم القضائيّ، بمعنى عدم ردّ القضاء السّابق في محلّ الاجتهاد، فقال: "يريد أنّك إذا اجتهدت في حكومة، ثم وقعت لك مرّة أخرى فلا يمنعك الاجتهاد الأوّل من إعادته، فإنّ الاجتهاد قد يتغيّر، ولا يكون الاجتهاد الأوّل مانعا من العمل بالثّاني إذا ظهر أنّه الحقّ. فإنّ الحقّ أولى بالإيثار لأنّه قديم سابق على الباطل، فإن كان الاجتهاد الأوّل قد سبق الثّاني، والثّاني هو الحقّ فهو أسبق من الاجتهاد الأوّل لأنّه قديم سابق على ما سواه، ولا يبطله وقوع الاجتهاد الأوّل على خلافه، بل الرّجوع إليه أولى من التّمادي على الاجتهاد الأوّل"[3].

والمعنى أنّ القاضي مطالب بالأخذ بالاجتهاد الثّاني باعتبار أنّه الحقّ في نظره، وغير ملزم على البقاء على الاجتهاد الأوّل الّذي تبيّن له خطأه، وهذا يعني أنّه اعتبر أنّ ما مضى على الاجتهاد الأوّل ليس محلّ نظر

---

(1) ابن قدامة المقدسيّ أبو عبد الله بن أحمد بن قدامة الجماعيلي الحنبلي أبو محمد موفّق الدّين، **الكافي**، المكتب الإسلامي، 1988، ج4 ص450.

(2) سبق تخريجه ص 33 من هذا البحث.

(3) **إعلام الموقّعين**...ج1 ص87

ومراجعة لأنّ الممتنع عن القاضي هو البقاء على الاجتهاد الأوّل عند تبيّن خطأه باجتهاد جديد، وهذا الّذي فسّر به ابن قيّم الجوزيّة العبارة في رسالة عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أوفق مع منهجه المتّضح في المسألة المشتركة.

فتبيّن من فقه عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنّه خير من قرّر من الصّحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حجيّة الحكم القضائيّ والعمل بها، وذلك أنّ أبرز آثار الحجيّة هو الاحترام الذي يكتسيه الحكم القضائيّ إثر صدوره، ممّا يمنع القاضي الذي أصدره من الرجوع عنه، ويمتنع كذلك غيره من القضاة من التغيير أو التبديل.

وقد سار عليّ بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ على ذات المنهج في قوله لأهل نجران: " **والله لا أردّ شيئا مما صنعه عمر ، إن عمر كان رشيد الأمر**"[1]، ولعلّه قد يشكل أن تصرّف عمررَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إنّما كان بصفته حاكما لا قاضيا، وكذا عرض أهل نجران أمرهم على عليّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كان على اعتباره حاكما أيضا، لا قاضيا، كما أن ما تمسّك به عليّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في عدم ردّ أمر عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ هو كون عمر رشيد الأمر، لا لأنّه قضاء لا يرجع عنه، ولكنّ عليّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ صرّح بقوله: "**والله لا أردّ شيئا مما صنعه عمر**" وهذا الإطلاق شامل لقراره باعتباره حاكما أو قاضيا، فتبيّن أن عليّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كان يعتمد منهج احترام قضاء القضاة قبله، ولا يتعرّض لأحكامهم بالردّ والتّغيير والتّبديل، وهو عين الحجيّة.

وكذلك فعل غيرهما من قضاة الصّحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، من ذلك أن معاوية رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لم يردّ قضاء عليّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حينما عُرض عليه قصد إبطاله، وقال لمن عرض عليه: "**قد أجزنا قضاءه عليك**" أو قال: "**ما كنّا نردّ قضاءه قضاه عليك**"[2]، فقد صرّح معاوية رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بأنّه يجيز قضاء من سبقه، ولا يبحث في اجتهادهم ولا في سلامة حكمهم، كما أنّه رفض الرّجوع عمّا مضى من قضاء، وفي قوله :"**قد أجزنا قضاءه عليك**" تأكيد على حرصه على ترتيب آثار حكم عليّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وقضائه، كما أنّه يمكن اعتبار موقف معاوية رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ رفض للدّعوى لسبق الفصل فيها، ولهذا قال:"**ما كنّا لنردّ قضاء قضاه عليك**"، وهذا جميعه عين الحجيّة وآثارها.

ومن ذلك أيضا أنّ عبد الملك بن مروان رفض ردّ قضاء عبد الله بن الزّبير رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وبعث لواليه على المدينة المنوّرة بكتاب جاء فيه:"**... فإذا جاءك كتابي هذا فامض ما كان قضى ابن الزبير ولا تردّه، فإن نقضنا**

---

(1) سبق تخريجه ص 56 من هذا البحث.

(2) سبق تخريجه ص 56 من هذا البحث.

القضاء عناء معني"[1]، ووجه الدّلالة في الرّواية أنّ عبد الملك بن مروان أعطى للحكم القضائيّ الصّادر من عبد الله بن الزّبير رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حرمة منع بها قاضيه من أن يتعرّض لأحكامه بالردّ والإبطال لمجرّد أنّه ينقم عليه في أمور السّياسة. وهذا أكبر دليل على ما يكتسبه الحكم القضائيّ من حرمة مانعة من النّيل فيه، وموجبة للامتناع عن التّعرض له بالبحث أو النّقض وهو عين الحجيّة، وقد أشار عبد الملك بن مروان إلى العلّة المقاصديّة من الحجيّة، وهو كون التعرّض لقضاء السابقين بالنقض عناء معني، وهو ما سيأتي توضيحه.

ومن ذلك أيضا عدم ردّ شريح[2] القاضي قضاء نفسه بتوريث ابن البنت استنادا لقوله تعالى: (...❐◆🕮⬆❐🕯◉ↄ⬈❐✁☎ ✁🙵🙵❀☞❻⬀■◆🔔✈🙾 🖎◆➔⬀⌧⮉🙰⬋☠⬀ 🕮❐❐⬀🖫■⑥🗐 🖎🙾🖮◆➔⬀⮙🖫 ×🙾❼ 🗎🖎☞◆🕔🖬🖅 ✁🙵🙵🖉★...)[3] رغم اعتراض ابن الزّبير رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ على الاجتهاد الّذي بني عليه قضاءه[4].

ووجه الدّلالة في عدم رجوع شريح عن قضائه الأوّل احتراما له، وأخذا بالاجتهاد الذي أدى إليه، رغم ظهور اجتهاد مخالف صادر عن الحاكم متمثّلا في ابن الزّبير، فدلّ ذلك على ما يتمتّع به الحكم القضائيّ من حصانة وحرمة مانعة من الردّ والنّقض ولو تبيّن وجود رأي مخالف في المسألة المحكوم فيها.

الفرع الثّاني: مشروعية حجيّة الحكم القضائيّ من قواعد الشّريعة الإسلاميّة.

---

(1) سبق تخريجه ص 57 من هذا البحث.

(2) هو شريح بن الحارث بن قيس القاضي الكنديّ الكوفيّ أبوز أميمة، من أشهر القضاة الفقهاء في صدر الإسلام، يمنيّ الأصل، استقضاه عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ على الكوفة وعثمان وعليّ ومعاوية، توفي سنة 78 هجريّة بالكوفة (انظر: الذّهبيّ، **تذكرة الحفّاظ**، ج1ص59)

(3) **سورة الأحزاب**، الآية6.

(4) روى البيهقيّ عن عيسى بن الحارث قال: "كانت أمّ ولد شريح بن الحارث ولدت له جارية، فزوّجت، فولدت غلاما، ثمّ توفيت أمّ الولد، قال: فاختصم في ميراثها شريح بن الحارث وابن ابنتها إلى شريح، فجعل شريح بن الحارث يقول لشريح: إنه ليس له ميراث في كتاب الله، إنّما هو ابن ابنتها، فقضى شريح بميراثها لابن بنتها وقال: (...❐◆🕮⬆❐🕯◉ↄ⬈❐✁☎ ✁🙵🙵❀☞❻⬀■◆🔔✈🙾 🖎◆➔⬀⌧⮉🙰⬋☠⬀ 🕮❐❐⬀🖫■⑥🗐 🖎🙾🖮◆➔⬀⮙🖫 ×🙾❼ 🗎🖎☞◆🕔🖬🖅 ✁🙵🙵🖉★...)، فركب ميسرة بن يزيد إلى ابن الزّبير فأخبره الّذي كان من شريح، فكتب ابن الزبير إلى شريح: إنّ ميسرة بن يزيد ذكر لي كذا وكذا، وإنّك قلت عند ذلك: (...❐◆🕮⬆❐🕯◉ↄ⬈❐✁☎ ✁🙵🙵❀☞❻⬀■◆🔔✈🙾 🖎◆➔⬀⌧⮉🙰⬋☠⬀ 🕮❐❐⬀🖫■⑥🗐 🖎🙾🖮◆➔⬀⮙🖫 ×🙾❼ 🗎🖎☞◆🕔🖬🖅 ✁🙵🙵🖉★...) إنّما كانت تلك الآية في شأن العصبة، كان الرّجل يعاقد الرجل فيقول: ترثني وأرثك، فلمّا نزلت ترك ذلك، قال: فجاء ميسرة بن يزيد بالكتاب إلى شريح، فلمّا قرأه أبى أن يردّ قضاءه، وقال: **"إنما أعتقها خبيّات بطنها"** (**السّنن الكبرى**، كتاب آداب القاضي، باب من اجتهد من الحكام... ح20821 ج 15 ص106).

قواعد الشّريعة الإسلاميّة هي كليّات وضعها فقهاء الإسلام انطلاقا من استقراء الشّريعة في نصوصها وأحكامها ومقاصدها وأدلّتها التفصيليّة، وهي مبثوثة في كتب أصول الفقه والقواعد الفقهيّة ومقاصد الشّريعة، وقد اخترت أن استدلّ للحجيّة بقاعدة "الاجتهاد لا ينقض بمثله" وكذلك بالمصالح الّتي تنجرّ عن القول بها على اعتبار دلالتها الواضحة على المعنى المراد تثبيته، فكان على النّحو التّالي:

أوّلا: مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ من قاعدة "الاجتهاد لا ينقض بمثله ".

تستند حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة إضافة إلى النّصوص المتضافرة السابقة ذكرها، إلى قواعد فقهية صاغها فقهاء الإسلام انطلاقا من استقراء واسع لإحكام الشّريعة.

وقد غدت قواعد عامة مرجعيّة للمشتغلين بالفقه، من أهمّ هده القواعد قاعدة "الاجتهاد لا ينقض بمثله"، وحتى يتبيّن مفهوم هده القاعدة، واعتبارها في الشّريعة الإسلاميّة، ووجه دلالتها على حجيّة الحكم القضائيّ فسأعرض لها كما يلي:

1. مفهوم قاعدة "الاجتهاد لا ينقض بمثله". من المستقرّ في فقه الشّريعة أنّ لمن حصّل شرائط الاجتهاد أن يجتهد وأن يتصدّى لمهمّة التبليغ والإخبار عن أحكام الشّريعة، فإن اقتصر عمله على بيان الحكم القطعيّ الثّبوت والدّلالة فإنّه لا يعدو أن يكون مخبرا، ليس له أن يقول بخلافه للقاعدة "لا اجتهاد في مورد النّصوص"[1]فإن اجتهد بخلاف ما دلّ عليه النصّ الصّريح فاجتهاده باطل وحكمه واجب النّقض.

أمّا إن كان في ثبوت نصّ الحكم، أو في دلالته مجال للظنّ والتّفسير المتعدّد فإنّ له أن يجتهد، ويرجّح معنى على آخر مهتديا بنصوص الشّريعة وقواعدها ومقاصدها، وكذلك الحال إذا خلا الموضوع من نصّ يتعلّق به، فإذا اجتهد المجتهد في موضوع يسوغ فيه الاجتهاد فلا يمكن نقضه باجتهاد آخر يرى خلاف الاجتهاد الأوّل، إذ أنّ "الأصل أنّه ما مضى بالاجتهاد لا يفسخ باجتهاد مثله ويفسخ بالنصّ"[2].

2. مشروعيّة قاعدة" الاجتهاد لا ينقض بمثله". تستند مشروعيّة هذه القاعدة من أنّ الاجتهاد الثّاني ليس بأقوى من الأوّل، وأنّه يؤدّي إلى أن لا يستقرّ حكم، لأنه لو نقض الأوّل بالثّاني لنقض الثّاني بغيره

---

(1) دليلــها قولــه تعــالى: ﴿☐◆☪♋✋◆⬉✋ ••◆☐ ♑♊♋✋◆⬅☺♋♑ ♦♌♎⊠✍ ♐♦✋◆☐ ♌☐📖 ✂⌚❷⬊✋☐📖 ▦⬉📖➔✎☐⬅♋◆❻◆☐ ✦✎♐✂ ✿❁✿•♎ ✂•❶♈♐ ▤ ⬀☠♋♎▩❷⬊✋☐📖 ⇧♊♋✋ ⬈☐◆❸⌘❷♋❸⬊💻♐✂ ⬉☠⬅♍•♑ ♦♌☐⬈▤♦❸ ⌖⊠⌛■🖬❁⮚ ☐✎❁⮚ ⇧⑨•☽•▭ ⬉📖•✎☐⬅♋◆❻◆☐ ⅄✎♐✂ ⮚✇✍➔♦❸ ♊♦✋◆☐ ✋❿⌨♈❹☪✡♐﴾ (**سورة الأحزاب**، الآية 36).

(2) السّيوطيّ، **الأشباه والنظائر**...ص101؛ ابن نجيم ، **الأشباه والنّظائر**، ص105.

لأنّه ما من اجتهاد إلا ويجوز أن يتغيّر، فيؤدّي الحال إلى أن لا تستقرّ الأحكام، وهده مفسدة واجب دفعها[1]، وأمّا دليلها فهو إجماع الصّحابة على عدم نقض اجتهاد بعضهم باجتهاد بعض[2]، فإذا أضيف إلى ذلك اتّصال الاجتهاد الأوّل بالقضاء فقد تأكّد عدم نقضه، ولهذا قال الزّيلعي: "وإذا رُفع إليه حكم حاكم أمضاه إن لم يخالف الكتاب والسنّة المشهورة والإجماع لأنّه لا مزية لأحد الاجتهادين على الآخر وقد ترجّح الأوّل باتّصال القضاء به فلا يُنقض بما هو دونه ولأنّه لو لم ينفذ الأوّل لم ينفذ الثّاني أيضا وكذا الثّالث والرّابع إلى ما لا يتناهى لاحتمال أن يجيء قاض يرى خلاف ذلك فكان نافذا ضرورة"[3].

3. دلالة قاعدة "الاجتهاد لا ينقض بمثله" على حجيّة الحكم القضائيّ. وجه دلالتها على حجيّة الحكم القضائيّ سافر للعيان، ذلك أنّ القاضي في نظره في النّصوص، وتكييفه للوقائع والتّصرّفات وتنزيل النّصوص عليها، واستنتاج أحكامها، والقضاء بها إنّما يجتهد اجتهاده.

فإن التزم القاضي بالنّصوص وسلك القواعد والإجراءات الواجبة وبذل جهده في تقصّي الحقيقة وتقدير الحكم المناسب فإنّه لا يجوز له أن ينقض اجتهاده هذا باجتهاد جديد، ولا أن يبدّل في الحكم بالزّيادة أو النقصان،وليس له أن يستجيب للخصوم إن طلبوا منه ذلك وليس لغيره من القضاة أن يفعل ذلك، وعلى القضاة جميعا أن يحترموا هذا الحكم بإمضائه، وأن يعتبروه في أحكامهم اللاحقة، لأنّ كلّ مخالفة له في أحكامهم، أو ترك اعتباره يعتبر نقضا للاجتهاد بمثله.

ثانيا: مشروعية حجيّة الحكم القضائيّ من المقاصد الشرعيّة المراعاة في القضاء.

إنّ النّظر في مقاصد الشّريعة في مجال المعاملات منهج أصيل في الشّريعة الإسلاميّة، وقد صرّح الشّاطبي بـــ "أنّ الأصل فيها الالتفات إلى المعاني"[4]، ولهذا فنحن مدعوون للبحث عن معاني المعاملات ومقاصدها محاولة لبيانها وتأسيسها على قواعد تتوافق مع هدى الشّارع ومنهجه، ونحن ببيان تلك المعاني نكون قد عدنا بتلك المعاملات إلى جوهرها.

---

(1) السّيوطيّ، نفسه.

(2) السّيوطيّ، نفسه؛ ابن نجيم، نفسه.

(3) **تبيين الحقائق**...ج4ص188، وقال السمائليّ الأباضيّ: "وإذا رفع لقاض حكم آخر أمضاه ولو خالف رأيه ومذهبه، لأنّ الاجتهاد الثّاني كاجتهاد الأوّل، وقد رجح الأوّل للقضاء به، ولا ينقض بما دونه" (**العقد الثّمين**...ص9)، وقال الغزالي: "لوحكم بصحة النّكـــاح حاكم بعد أن خالع الزّوج ثلاثا، ثم تغير اجتهاده لم يُفرّق بين الزّوجين و لم ينقض اجتهاده السّابق بصحّة النّكاح لمصلحة الحكـــم" (**المستصـــفى**، ج2ص382).

(4) **الموافقات**...ج2 ص211.

فإذا تركّز البحث على بيان مقاصد باب معيّن فإنّنا نكون بصدد الحديث عن المقاصد الخاصّة المراعاة في ذلك الباب، المتوسَّل إلى معرفتها بالاستقراء خاصّة والّتي تعتبر قواعد لذلك النّوع من أحكام الفقه، وميزانا لرسم نظريّته، فهي كما عبّر عنها الطّاهر بن عاشور[1] صورة كلّية لأنواع المصالح[2].

فيكون القصد في هذا الموضع بيان المقاصد الشرعيّة الخاصّة في باب القضاء، والّتي تكون سندا للقول بحجيّة الحكم القضائي،وبيان دلالتها عليها، وأهمّ هذه القواعد المقاصديّة هي:

1. قصد الشّريعة إلى استقرار الأحكام القضائيّة والمراكز الحقوقيّة.
2. قصد الشّريعة إلى قطع الخصومات.
3. قصد الشّريعة إلى حفظ هيبة القضاء.

1. قصد الشريعة إلى استقرار الأحكام القضائية. إنّ قصد الشّارع الحكيم من وضع الشّريعة إنّما هو نفوذ أحكامها واستقرار منهجها في النّاس، ذلك أنّ الله تعالى ما أنزل الرّسالة وما كلّف النبيّ ﷺ بتبليغها إلاّ وهو يقصد أن ينصاع النّاس لمبادئها، وينساقوا لمنهجها وهديها، قال تعالى: (❒◆♦✌︎☞︎✐ ♦⬋☞︎⬩⮌⬉⓿♑︎♐︎ ⬩◆♐︎◑ ♐︎✌︎❑🡐♒︎▪︎❻ ♊︎♑︎✌︎ ☞︎◆☪︎▫︎🖬⍓♒︎⬀❻❑🕮 ⬅︎☞︎♐︎☒︎♐︎⬀❶♍︎🕐︎ ✃☞︎✐★...)[3].

قال ابن عاشور:"إذ لا تظهر فائدة الشرائع بدون امتثالها"[4]، وقال في موضع آخر: "إنّ من مقاصد الشّريعة أن تكون نافذة في الأمّة، إذ لا تحصل المنفعة المقصودة منها كاملة بدون نفوذها، فطاعة الأمّة الشّريعة غرض عظيم"[5]، وقد أشار إمام الحرمين[1] إلى هذا المقصد العظيم فقال: "ليعلم طالب الحق وباغي الصدق أن

---

(1) هو محمّد الطّاهر بن عاشور، عالم تونس وفقيهها ومفسّرها، ولد سنة 1226 هجريّة، وتوفّي سنة 1313 هجريّة، كثير التّصنيف، من مؤلّفاته "مقاصد الشّريعة الإسلاميّة" و"أصول النّظام الاجتماعيّ في الإسلام" (انظر: محمّد بن لحبيب بن خوجة، محمّد الطّاهر بن عاشور، **النّشرة العلميّة للشّريعة وأصول الدّين**، الجامعة التّونسيّة، العدد 3و4، سنة 1974م)

(2) يقول: "وليس غرضنا من بيان هذه الأنواع هو مجرّد معرفة مراعاة الشّريعة إيّاها في أحكامها المتلقاة عنها، لأنّ ذلك مجرّد تفقّه في الأحكام، وهو دون غرضنا من علم مقاصد الشّريعة، ولا أن نقيس النّظائر على جزئيات تلك المصالح لأنّ ذلك ملحق بالقياس، وهو من غرض الفقهاء، وإنّما غرضنا من ذلك أن نعرف كثيرا من صور المصالح المختلفة الأنواع المعروف قصد الشارع إيّاها حتى يحصل لنا من تلك المعرفة يقين بصور كليّة من أنواع هاته المصالح، فمتى حلّت الحوادث التي لم يسبق حلولها في زمن الشّارع ولا لها نظائر ذات أحكام متلقاة منه عرفنا كيف ندخلها تحت تلك الصورة الكليّة فنثبت لها من الأحكام أمثال ما ثبت لكليّاتها، ونطمئنّ بأننا في ذلك مثبتون أحكاما شرعية إسلاميّة" (**مقاصد الشّريعة الإسلاميّة**، الشّركة التّونسية للتّوزيع، 1978م، ص83).

(3) **سورة النّساء**، الآية 64.

(4) **التّحرير والتّنوير**، ج5 ص109.

(5) **مقاصد الشّريعة الإسلاميّة**، ص122.

مطلوب الشرائع من الخلائق –على تفنّن الملل والطرائق– الاستمساك بالدّين والتّقوى والاعتصام بما يقرّبهم إلى الله زلفى، والتّشمير ابتغاء مرضاة الله تقدّس وتعالى"[2].

إنّ هذا النفوذ والامتثال والطّاعة والالتزام بالشّريعة إنّما تكتمل باستقرار أحكامها في حياة النّاس ومعاشهم وشؤون حياتهم، بحيث تصطبغ بها نفوسهم وأخلاقهم وسلوكاتهم ومناهج وأنظمة حياتهم الاجتماعية والسياسيّة والاقتصاديّة وغيرها، قال تعالى: (☎ ★✐👓✂ ⬧◻⧫⬄⬀⌨✍🕒
☎ ☪◻⧫⬄⬀⌨✍🕒 ★✐👓✂ ☙⬀✍👌 ←♊❁○⇧❍❒🕮 ⇧♊⧫👌◆❒
◆♌❒←⑨✎⌨🕓⧫⬉ 🕐⬉🕮⬧✐ ←♊⬂⧫⬧✞◆❒)[3]

ولّما كان الحكم القضائيّ في حقيقته إخبارا عن حكم الشّريعة في أعيان المسائل، فإنّ استقرار الحكم القضائيّ من استقرار حكم الشّريعة، وذلك بأن يحمل على الصّحة وأن يصان من التعقّب والنقض.

وقد سبق أن أشرت إلى أن عبارات الفقهاء تضافرت في أن الحكم القضائي يحمل على الصحّة[4]، وإنّما قرّروا ذلك حتى تستقرّ الأحكام القضائيّة، ومنعا من اضطرابها. قال الغزاليّ:"لو حكم بصحة النّكاح حاكم بعد أن خالع الزّوج ثلاثا، ثمّ تغيّر اجتهاده لم يفرّق بين الزوجين و لم ينقض اجتهاده السّابق بصحّة النّكاح لمصلحة الحكم"[5].

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز تعقّب القاضي العدل ووجوب إمضاء اللاّحق لأحكام السّابق من غير تتبّع، ورجّح المحقّقون عدم نقض أحكام من لا يصلح للقضاء إن وافقت الصّواب، بل إنّ المجيزين

---

(1) أبو المعالي،عبدُ الملك ابنُ أبي محمد عبد الله بنِ يوسفَ بنِ عبد الله بنِ يوسفَ بنِ محمد بنحَيُّويه الجُوينيُّ النيسابوري ضياء الدين الشافعي، وُلِدَ في أول سنة تسعَ عشرةَ وأربعِمائة، تفقَّه على والده، وتُوفي أبوه ولأبي المَعالي عِشرون سنة، فدرَّس مكانه، من تصانيفه "نهاية المَطلب في المذهب" و"الإرشاد في أصول الدين" و "الرسالة النظامية في الأحكام الإسلاميّة" و"الشامل في أصول الدين" و"البُرهان في أصول الفقه" و"مدارك العقول" لم يتمه و"غياث الأمم في الإمامة" و"مُغيث الخلق في اختيار الأحق" و"غُنية المسترشدين" في الخلاف، تُوفي سنة ثمانٍ وسبعين وأربعِمائة هجريّة (انظر: الذّهبي، **سير أعلام النبلاء**، طبعة دار الفكر، ج13ص56)

(2) الغياثي (غياث الأمم في التياث الظّلم)، مطبعة نهضة مصر، ط2، 1401هـ، ص182.

(3) سورة البقرة، الآية 138.

(4) انظر: الماوردي، **الحاوي الكبير**...ج20 ص242؛ ابن قدامة، **المغني**، ج11 ص407؛ ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص 74؛ ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص77.

(5) المستصفى...ج2 ص382.

للتعقّب علّلوا عدم وجوبه بأنّ القاضي ناظر في مستأنف الأحكام دون ماضيها، ولأنّه لو تعقّب قضاء من سبقه لكان متشاغلا بماض لم يلزمه عن مستقبل واجب عليه، وأنه يتتبع قدحا في القضاة يتوجّه عليه مثله[1].

هذا إضافة إلى أنّ الفقهاء قرّروا تحريم نقض الحكم القضائيّ بناء على اجتهاد فيما هو محلّ اجتهاد سواء من القاضي الذي أصدره أو من غيره[2]، وقد سبق أن أشرت إلى أنّ منع نقض الحكم القضائيّ في محلّ الاجتهاد باجتهاد جديد مؤسّس على إجماع الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ على عدم نقض اجتهاد بعضهم باجتهاد بعض[3].

فنتج عمّا تقدّم التّسليم بقصد الشّريعة إلى استقرار الأحكام القضائيّة، وهو سند قويّ للقول بحجيّة الأحكام القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة، ذلك أن الحجيّة في مضمونها حصانة وحماية للحكم القضائيّ بهدف عدم المساس به، وذلك هو ذاته استقرار الحكم القضائيّ.

2. قصد الشّريعة إلى قطع الخصومات. إنّ من أعظم مقاصد الشّريعة هو حفظ نظام المجتمع، وإصلاح أحوالهم وبتر أسباب التّهارج والتّنازع فيه، قال تعالى: (...▫⧫✍✍✍☐☽➔❑✁☎ ✁✍✍✍✍⬆ ❑◆❑🕮❑🕒⇳🖬⧰⬧←❑✁☎ ❶⬧✁☠✿ 🗞◆❹⬀☪➴⏳➔☠⬀...)[4]، وقال: (❑◆❑🕮❑☪➴❶➔⇖❑✁☎ ✁✍✍⬆ ❑◆❻◆♾←❑⬧✎🕮⇖🛈 ❑◆✍⬧❶⬀⊾☐☒✿ ▫⬧✌◆⧰⧆⌖⬂⬀❑➔❑✁☎ ✍⬧◆🕔❽◆⇖⇖❑✁☎ ❻☒⑥◆⬅⬅▤⬈⬀...)[5]، وقال: (☽⧰☼✵☺☒✍ ✁✍⚭⬂⬧☺⬧⬀☃☪☪⇖❑☊◆ ❑⌘❑◆⌘⬃❑◆❑⬅ ▫⬧🕯❑🕒⇳🖬⧰⬧←❑✁☎ ⬧⬅✓⬃×◆ 🕮❑⌘☒❑◆③⬃▤➚⬀ 🗐 ❑◆✁✍✍☐☽➔❑✁☎ ✁✍⬆ ⬧⬧➔☒🖬✦▤➚⬀⬃ ✍➔❷⬀❑☒⬅☊◆)[6]، فدلّت الآيات الكريمة على قصد الشّريعة إلى منع النّزاع والخصومات بين النّاس، إذ لا يخفى ما للنّزاعات والخصومات والعداوات من آثار سلبية على نظام المجتمع، فهي تنخر كيانه، وتبدد طاقاته، وتفتح المجال واسعا أمام المتربصين والكائدين.

---

(1) انظر: تعقّب القضاة في أحكامهم ص 458-465 من هذا البحث.

(2) انظر: عدم نقض الأحكام القضائيّة ص 36-38 من هذا البحث.

(3) انظر: السّيوطيّ، **الأشباه والنّظائر**...ص 101؛ ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ص105.

(4) **سورة الأنفال**، الآية1.

(5) **سورة الأنفال**، الآية 46.

(6) **سورة الحجرات**، الآية 10.

ولّما كان كلّ ما يعين على إنهاء النّزاع وسيلة مطلوبة شرعا، ما لم يخالف حكما شرعيّا، إذ المقاصد غايات ووسائل، وكل ما يديمه ويؤجّجه سبيلا منهيّا عنه شرعا، ولهذا كان من هديه ﷺ أن يعجّل بالقضاء فيما يعرض عليه. وكان يقضي بين الخصوم في مجلس المخاصمة الواحد، و لم يكن يرجئهم إلى وقت لاحق.

وذلك أن استمرار المنازعة مفسدة عظيمة، وقد عدّها الطّاهر بن عاشور من مفاسد الإبطاء بإيصال الحق إلى صاحبه عند تعيّنه بأكثر مما يستدعيه تتبّع طريق ظهوره. يقول في هذا الشّأن:"... ومنها استمرار المنازعة بين المحقّ والمحقوق، وفي ذلك فساد حصول الاضطراب في الأمّة، فإن كان في الحقّ شبهة للخصمين و لم يتّضح لهما المحقّ من المحقوق، ففي الإبطاء مفسدة بقاء التردّد في تعيين صاحب الحق، وقد يمتدّ التنازع بينهما في ترويج كلّ شبهته، وفي كلا الحالين تحصل مفسدة تعريض الأخوّة الإسلامية للوهن والإنخرام"[1].

فانظر كيف عدّ استمرار المنازعة مفسدة غالبة واجب درؤها حتى في حال وجود شبهة في تحديد صاحب الحقّ متى استنفذ القاضي طرق تتبّع ظهوره، وهذا بالحكم فيها لمن ظهر رجوح الحق جهته منعا لاستمرار المنازعة، وللمحافظة على الأخوّة الإسلاميّة.

لأجل ذلك لم يتردّد الفقهاء في تعريفهم للقضاء بأنّه "فصل الخصومات وقطع المنازعات"[2]، بل إنّ تتبّعي لتعريفاتهم للقضاء باعتباره وظيفة يجعلني أجزم بأنّهم كانوا ناظرين أساسا إلى مقصد القضاء في فصل الخصومات وقطع المنازعات قبل نظرهم إلى حقيقته من كونه بيانا لحكم الشّريعة في أعيان المسائل، أو إلى صفته من كونه ملزما للمتقاضين، ودليل ذلك اكتفاء كثير منهم في تعريفه للقضاء بأنّه فصل الخصومات وقطع المنازعات.

وحتّى من نظر إلى القضاء على اعتبار كونه إخبارا عن الحكم الشّرعي لم يغَفل عن بيان مقصده وهو فصل الخصومات[3]، وفي ذلك أعظم الإشارة من السّادة الفقهاء أن مقصد القضاء الأوّل هو فصل الخصومات والمنازعات، أضف إلى ذلك ما سبق الإشارة إليه من أنّ معنى القضاء في اللّغة بمعانيه المختلفة يدور حول معنى الإنهاء والقطع والإمضاء.

---

(1) **مقاصد الشّريعة الإسلاميّة**، ص200.

(2) الدّردير، **الشّرح الكبير**، ج4 ص129؛ ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**...ج4 ص309.

(3) من ذلك تعريف الشّافعيّة والحنفيّة للقضاء بقولهم: "فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى" (الشّربيني، **مغني المحتاج**... ج4 ص372؛ ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج5 ص453، وتعريف الحنابلة بقولهم : "الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصـــومات" (البهوتي، **كشّاف القناع**...ج6 ص280).

ذلك أنّ تناقض أهواء النّاس ومصالحهم ومشاربهم أمر عالق بطبيعتهم، فيكون دافعا للخصومة بينهم، فكان فصلها واجبا لكي تستقرّ شؤونهم، يقول حجّة الله الدّهلوي: "اعلم أنّ من الحاجات التي يكثر وقوعها وتشتدّ مفسدتها المناقشات في النّاس، فإنّها تكون باعثة على العداوة والبغضاء وفساد ذات البين وتهيّج الشحّ على غمط الحقّ وأن لا ينقاد النّاس للدّليل، فوجب أن يبعث في كلّ ناحية من يفصل قضاياهم بالحق ويقرّهم عليه أشاءوا أم أبوا"[1].

فإذا تقرّر القول بأنّ الشّريعة تقصد في وضع القضاء قطع الخصومات والمنازعات، فإنّ الحديث عن حجيّة الحكم القضائي يجد مرتعه الخصب، ذلك أنّ هذه الأخيرة تعني التّسليم للحكم الصّادر في عين المسألة، وترك المنازعة فيه، ووجوب احترامه من القاضي والخصوم على السّواء، واعتبار الوقائع المثبتة والحقوق المعترف بها في الحكم القضائي ذي الحجيّة مسلّمات يجب الإذعان لها، وعدم المنازعة فيها، كما تعني امتناع الخصوم عن تجديد النّزاع بدعوى مبتدأة، وحقّ تمسّك المحكوم له بما قضى به الحكم، فإنّ هذه المعاني كلها، وتلك الآثار إنّما تعتبر وسائل لتحقيق قصد الشّريعة في قطع الخصومات، وكلّ ما كان معينا على تحقيق مقصد الشّارع كان محلّ اعتبار في نظر الشّريعة.

3. قصد الشّريعة إلى حفظ هيبة القضاء. أناطت الشّريعة الإسلاميّة بالقضاء مهامّ عظيمة ومسؤوليات جسام في الإلزام بأحكام الشّريعة، وتحقيق العدالة بين النّاس، وإبلاغ الحقوق إلى ذويها، وحفظ نظام المجتمع عمّا يمكن أن يتهدّده، ولمّا كان منهج الشّريعة في وضعها للأحكام أنّها تسندها بما يؤيّدها وتحيطها بسياج يحميها من الانخرام والانعدام، وكذا هديها فيما اقتضته من أنظمة، فإنّها لمّا قصدت من نظام القضاء إلزام الخلق بمنهجها وقطع دابر المنازعات، أيّدت ذلك بأحكام توفّر لهذا النّظام ما يلزمه من هيبة واحترام لازمين لأداء وظيفته، وتصونه من كل أشكال الاستخفاف والتّطاول.

من ذلك عدم جواز التعرّض لأحكام القضاة السّابقين في قول جمهور الفقهاء[2]، وقال المجيزون من الشّافعية[3] وبعض الحنابلة[4] لا يجب التعرّض لكن يجوز. وعلّلوا لقولهم بعدم التعرّض بأن من يفعل ذلك من

---

(1) **حجة الله البالغة**، ج2 ص166.

(2) انظر: الباجي، **فصول الأحكام**...ص178؛ ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص58؛ المرغيناني، **الهداية**، ج7 ص300؛ المرداوي، **الإنصاف**... ج11 ص223.

(3) انظر: الماوردي، **الحاوي**...ج20 ص241؛ الشّيرازي، **المهذّب**...ج2 ص297.

(4) انظر: المرداوي، نفسه؛ ابن قدامة، **المغني**، ج11 ص407.

القضاة يتتبع قدحا في القضاة يتوجه عليه مثله[1]، ففهمنا من ذلك قصدهم إلى صون القضاة والقضاء من القدح.

وقال بعضهم: إن تظلّم أحد إلى القاضي من الّذي سبقه بأنه حكم عليه ظلما، فلا يستحضر الأوّل إلاّ إذا أقام المتظلّم البيّنة على دعواه صيانة لولاة المسلمين عن البذلة[2]، فإن استُدعي القاضي السّابق فيُصدّق بلا يمين إن أنكر فيما لم تقم فيه بيّنة لأنّه أمين الشّرع فيُصان منصبه عن الحلف والابتذال[3].

ومن ذلك عدم نقض الحكم القضائيّ الاجتهاديّ بمثله لما فيه من توهين لأمر القضاء، وتشكيك في مصداقيّته، ومن ذلك أنّ جمهور الفقهاء يرون أنّ الحكم القضائيّ يرفع الخلاف الفقهيّ في عين المسألة المحكوم فيها[4]، قال القرافي: "اعلم أن حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف ويرجع المخالف عن مذهبه لمذهب الحاكم وتغيّر فتياه بعد الحكم على القول الصّحيح من مذاهب العلماء"[5].

وفي هذا حفظ لهيبة القضاء وسلطانه بتقرير إلزامية أحكامه، ورفعها للخلاف الفقهي، فإنّه من المعلوم من قواعد الاجتهاد "أنّ الاجتهاد لا يُنقض بمثله" وكذا "الاجتهاد لا يمنع الاجتهاد"، إلاّ أنّ ذلك جميعا مشروط بأنّه لم يصادف حكما قضائيا، وإلاّ فإنّ الحكم القضائيّ ينسخ ما خالفه من اجتهاد سابق في عين المسألة المحكوم فيها، كما يمنع المفتين بأن يفتوا بغير ما أفتى وحكم به القاضي في عين المسألة المحكوم فيها، وفي هذا إعلاء للحكم القضائيّ على الاجتهاد، وهو ما يعكس هيبة القضاء.

كما أنّ الفقهاء جعلوا للقاضي أن يعاقب من أساء أدبه معه في مجلس القضاء أو افتات عليه فيه بحبس أو بغيره[6]، وفضّل المالكية التّأديب على العفو وجعلوه واجبا في حالة التّصريح بالإساءة كقول المسيء للقاضي: يا ظالم[7]، جاء في مواهب الجليل: "... لأن الاجتراء على الحاكم بمثل هذا توهين لهم فالمعاقبة فيه

(1) انظر: الماوردي، نفسه؛ الشّيرازي، نفسه.

(2) انظر: الماوردي، نفسه، ج20 ص242–243.

(3) انظر: الماوردي، نفسه؛ الشّيرازي، نفسه.

(4) انظر: (الصّاوي) أحمد بن محمّد، **بلغة السّالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك،** على الشّرح الصّغير للدّردير أحمد بن محمّد بن أحمد (ت1201هـ) ، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1409هـ–1988م، ج2ص342؛ نظّام وجماعة، **الفتاوى الهنديّة**، ج3 ص354؛ المرداوي، نفسه، ج11 ص312؛ ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ج2 ص342. ص116.

(5) الفروق، ج2 ص103، وقد علّق عليه المحقّق ابن الشّاط بأنّ المقصود هو "أنه لا تسوغ الفتوى فيها بعينها لأنّه قد نفذ فيها الحكم"

(6) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج11 ص386؛ الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4 ص390.

(7) انظر: **حاشية الدّسوقيّ**، ج4 ص132؛ ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص36.

أولى من التّجافي"[1]، ورأوا أنّ القاضي لا يحتاج في معاقبة من أساء عليه في مجلسه إلى بيّنة، بل يكتفي بعلمه[2]، فخلص لنا قصد الشّريعة إلى حفظ هيبة القضاء.

وأمّا دلالته على حجيّة الحكم القضائي في الشّريعة الإسلامية فبيّنة، لأنّ مدار فكرة الحجيّة هو مدى الاحترام والمهابة التي يحوزها الحكم القضائيّ، فيكون القول بحجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة اتّجاه موافق لقصدها في حفظ هيبة القضاء ووسيلة معينة إلى بلوغه فثبتت شرعيّتها بهذا المقصد.

(1) الحطّاب، ج6 ص104، قال الدردير المالكيّ: "وندب له [أي القاضي] تأديب من أساء له في مجلسه وإن لزم منه الحكم لنفسه خشية انتهاك مجلس الشّرع وحرمة الحاكم" (**شرح الدّردير بحاشية الدّسوقيّ**، ج4 ص132)

(2) انظر: البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3ص470.

المطلب الثّاني: الرّد على المنكرين لمبدأ حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

رغم ما سبق ذكره من هذا البحث من وجود لمبدأ حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة متجسّدا في قاعدة "الظّاهر من أحكام القضاء الصحّة والنّفوذ" وما سيق من أدلّة تثبت أصالة المبدأ ومشروعيّته في الإسلام فقد أنكر اتّجاه فقهيّ في القانون الوضعيّ وجود هذا المبدأ في الفقه الإسلاميّ ورأى أنّ فقه المرافعات الشّرعيّة كما عرّفه فقهاء الإسلام ينبذ فكرة حجيّة الأحكام، والأصل أنّ ما سبق استعراضه من أدلّة مشروعيّة كافّ للردّ على هذه الأباطيل، إلاّ أنّه لّما ردّد بعض المتأثرين بثقافتهم كلامهم دون بحث كان من الواجب توضيح خطأهم، ولهذا بالرّدّ على هذا الاتّجاه بعرض أفكاره وتحرير مستنداته وتمحيصها في عبارات فقهاء الإسلام لاختبار صدق ما تمسّك به ورجحانه، ثمّ مناقشتها والردّ عليها أخيرا، وهذا على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: عرض أراء المنكرين لمبدأ حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة وتحرير مستنداتهم.

الفرع الثّاني: مناقشة المنكرين لمبدأ الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

الفرع الأوّل: عرض أراء المنكرين لمبدأ حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة وتحرير مستنداتهم.

أوّلا: عرض أراء المنكرين لمبدأ حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

يتّجه الفقه الفرنسيّ الحديث إلى إنكار وجود مبدأ الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة، ويرى أنّ الفقه الإسلاميّ يبيح للقاضي أن يراجع حكمه ويعيد النّظر فيه بشكل دائم كما يبيح للخصوم أن يعيدوا رفع الدّعوى الّتي سبق الحكم فيها مرّة أخرى لتحظى بنظر القضاء مع إمكانيّة إبطال الحكم الأوّل وإبداله بآخر.

فينقل الفقيه مارسال مورون (M.MORAND) عن جملة من فقهاء مشهورين وقضاة في المحاكم الجزائريّة بأنّ تشريع المعاملات القضائيّة في الشّريعة يدلّ على أنّها تنبذ مبدأ حجيّة الأمر المقضيّ فيه وتقبل عرض الدّعوى مرّة أخرى على المحكمة الّتي سبق وأن حكمت في موضوعها[1].

كما اعتبر الفقيه لويس ميليو (L.MILLIOT) أنّ قاعدة حجيّة الأمر المقضيّ فيه لا تتماشى مع القضاء الإسلاميّ، هذا الأخير الّذي يتطلّع إلى العدالة قبل الأمن والنّظام[2].

---

(1) Marcel MORAND, **Etudes de droit musulman algérien**, Alger, 1910, p.337.

(2) Louis MILLIOT, **Introduction à l’étude du droit musulman**, Sirey, Paris,1953, p.730, note 918.

كما ذكر الفقيه زيس (E. ZEYS) أنّ من أهم خصائص الإجراءات المدنيّة القضائيّة الإسلاميّة انعدام قاعدة حجيّة الأمر المقضيّ، وهذا لأنّ القاضي في ظلّ الشّريعة الإسلاميّة له حقّ تعديل الحكم الّذي يصدره، أو يصدره غيره من القضاة إذا اكتشف وجود خطأ في تطبيق الشّريعة[1].

وقد سارت محكمة الجزائر في نفس الاتجاه حينما قررت أنّ "حجيّة الأمر المقضيّ فيه غير معروفة في الشّريعة الإسلاميّة"[2].

وقد اتّجه مهاب جلال عبد البرّ بشكل غير صريح إلى إنكار حجيّة الأمر المقضيّ في الفقه الإسلاميّ، حيث اعتبر أنّ الحجيّة لصيقة بنظام نهائيّة الأحكام من النّاحية الإجرائيّة نظرا لتدرّج الحجيّة عبر مراحل تبلغ بالحكم حدّ النّهاية. يقول: "...وعلى ذلك فنهائيّة الحكم في الفقه الإسلاميّ نهائيّة موضوعيّة بعدم تعديله أو إلغائه وليست مبنيّة على الشّكل أو الإجراءات المتّصلة بتعدّد درجات التّقاضي وشروط وأحكام الطّعن في الأحكام"[3].

وهكذا فإنّ حجيّة الحكم القضائيّ يجب أن تكون وليدة نظام يعترف بتعدّد درجات التّقاضي، وهو يجزم بأنّ الفقه الإسلاميّ لم يعرف إلاّ نظام التّقاضي على درجة واحدة. يقول : "ومن هنا نخلص إلى أنّ التّقاضي كان على درجة واحدة في الفقه الإسلاميّ، ومن ثمّ لم يكن هناك تدرّج في الحجيّة للحكم القضائيّ فهو نهائيّ بمجرّد صدوره طالما صدر متّفقا مع نصّ الكتاب أو السنّة أو الإجماع أو كان مجتهدا فيه وقضى فيه القاضي وفقا لاجتهاده، فإذا رفع هذا القضاء إلى قاض آخر أنفذه ولم يلغه أو يعدّله، أمّا إذا خالف الحكم نصّا في الكتاب أو السنّة أو الإجماع لا يمكن أن يصبح نهائيّا. فإذا رفع هذا القضاء إلى قاض آخر ألغاه ولا ينفذه مهما مضى عليه من الوقت، فالنهائيّة وعدمها في الفقه الإسلاميّ موضوعيّة وليست مبنيّة على الشّكل أو الإجراءات أو طرق الطّعن كما في القوانين الوضعيّة"[4].

وهكذا يشاء أن يجعل حالة مخالفة الحكم لنصوص الكتاب والسنّة والإجماع رديف لحالة اتّفاقه معها أو كون مجتهدا فيها، لا حالة استثنائيّة، كما يقطع بناء على مقدّمة انتفاء درجات التّقاضي في الفقه الإسلاميّ واحتمال مخالفته لنصوص الكتاب والسنّة والإجماع ممّا يستدعي نقضها دون اعتبار لزمن الحكم بأنّ لا حجيّة للحكم القضائيّ في الفقه الإسلاميّ.

---

(1) E. ZEYS et Mohamed OULD SIDI SAID, RECUEIL D'ACTES ET DE JUGEMENTS ARABES AVEC LA TRADUCTION FRANCAISE ET DES NOTES JURIDIQUES, Alger 1886, p.111-113, note 200.

(2) Cour d'Alger, 25 octobre1862, décision citée par M. MORAND, *op. cit.*, p.338.

(3) **تدرّج الحجيّة في الحكم القضائيّ**، مقال منشور **بمجلّة هيئة قضايا الدّولة**، مصر، العدد الرّابع، 2004م، رقم 192، ص41.

(4) نفسه.

ثانيا: تحرير مزاعم المنكرين وبيان مستنداتهم.

المتأمّل فيما اعتمده المنكرون لحجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة يستطيع أن يستشفّ أهمّ ما استندوا عليه من أدلّة في رأيهم هذا، ويمكن إجماله كما يلي:

1. أنّ الفقه الإسلاميّ لا يعترف بمبدأ حجيّة الحكم القضائيّ لأنّه يبيح عرض الدّعوى مرارا وتكرارا على القضاء رغم سبق الفصل فيها.
2. أنّ الفقه الإسلاميّ لا يعترف بمبدأ حجيّة الحكم القضائيّ لأنّه يبيح للقاضي مصدر الحكم العدول عن الحكم وتغييره دون حاجة إلى طلب الخصوم.
3. أنّ الفقه الإسلاميّ لا يعترف بمبدأ حجيّة الحكم القضائيّ لأنّه يبيح للقاضي أن ينقض حكم غيره متى اكتشف خطأ في تطبيق الشّريعة على الدّعوى المعروضة.
4. أنّ الفقه الإسلاميّ لا يعترف بمبدأ حجيّة الحكم القضائيّ لأنّه يقوم على نفي التعدّد في درجات التّقاضي، ممّا يجعله لا يقيّد الحجيّة بمراحل محدّدة إجرائيّا، وبالتّالي يجعل نهائيّة الأحكام موضوعيّة وبالتّالي قابلة للتّعديل بشكل لا متناهي.

وممّا تقدّم يمكن حصر ما استندوا عليه فيما يلي:

1. انتفاء مبدأ حجيّة الأحكام القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة لإمكانيّة نقضها من طرف القاضي مصدر الحكم أو غيره من القضاة.
2. انتفاء مبدأ حجيّة الأحكام القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة لارتباطه بنهائيّة موضوعيّة غير مبنيّة على الإجراءات المتعلّقة بتعدّد درجات التّقاضي وشروط وأحكام الطّعن في الأحكام.

وهو ما يدعوني إلى طرح تساؤلات في غاية الأهميّة وهي:

1. هل يجيز الفقه الإسلاميّ للقاضي العدول عن الحكم الّذي أصدره ؟ وهل يمسّ ذلك بمبدأ الحجيّة؟
2. هل يجيز الفقه الإسلاميّ للقاضي نقض أحكام غيره من القضاة؟ وهل يمسّ ذلك بمبدأ الحجيّة؟
3. هل أنّ نهائيّة الأحكام القضائيّة في الفقه الإسلاميّ موضوعيّة غير مرتبطة باستيفاء إجراءات معيّنة؟ وهل يمسّ ذلك بمبدأ الحجيّة؟ وهو ما نتناوله في الفرع الموالي.

الفرع الثّاني: مناقشة المنكرين لمبدأ الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

تكون مناقشتهم ببيان خطأ ادّعاءاتهم اعتمادا على ما تقدّم بيانه، ثمّ محاولة فهم البواعث الحقيقيّة الّتي دفعتهم إلى ما اعتمدوه من رأي وعدم جدواها في نفي الحجيّة عن أحكام القضاء في ظلّ النّظام القضائيّ الإسلاميّ.

أوّلا: عدم صحّة ادّعاءات المنكرين لحجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

سبق بيان ما استند عليه المنكرون لحجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة وهو يدور حول نقاط ثلاث هي:

1. حقّ القاضي في العدول عن حكمه بشكل دائم ومستمر.
2. حقّ القاضي في نقض الأحكام القضائيّة الصّادرة عن غيره من القضاة.
3. أنّ نهائيّة الأحكام في الشّريعة الإسلاميّة نهائيّة موضوعيّة غير مرتبطة بالشكل والإجراءات المتّصلة بتعدّد درجات التّقاضي وأحكام الطّعن في الأحكام.

فأمّا حقّ العدول من طرف القاضي مصدر الحكم فقد سبق بيان أنّ جمهور الفقهاء على منع القاضي عن العدول عن الحكم بعد إصداره سواء أكان ذلك بطلب الخصوم أم من تلقاء نفسه، و لم يخالف في ذلك إلاّ اتّجاه عند المالكيّة، وقد صحّح متأخرو المالكيّة قول الجمهور.

وقد تبيّن من خلال مناقشة أدلّة الفريقين رجحان أدلّة الجمهور، وأنّ ما تمسّك به المجيزون للعدول ضعيف ترفضه نصوص الشّريعة وقواعدها ومقاصدها[1].

فليس من الصّواب العلميّ أن يترك المنكرون لمبدأ الحجيّة قول غالب الفقه الإسلاميّ، ويتغاضوا عن أدلّته القويّة ويتمسّكوا بقول بعض الفقهاء مع ضعف أدلّتهم ووهنها.

وأمّا حقّ نقض القاضي لأحكام غيره من القضاة فقد تبيّن من استعراض مبحث نقض الأحكام القضائيّة أنّ عبارات الفقهاء متضافرة بشكل لا يدع مجالا للشّكّ في امتناع نقض القاضي قضاء غيره ما دام هذا الحكم قائما على موافقة الأحكام الشّرعيّة الثّابتة أو كان حكما اجتهاديّا فيما هو محلّ خلاف ما دام القاضي مستوفيا لشروط القضاء، ودليل ذلك إجماع الصّحابة على عدم نقض اجتهاد بعضهم باجتهاد بعض[2].

---

(1) انظر: تمييز حجيّة الحكم القضائيّ عن قاعدة استنفاد المحكمة لولايتها في الشّريعة الإسلاميّة. ص 64-67 من هذا البحث.

(2) انظر: السّيوطي، **الأشباه والنّظائر**...ص101؛ ابن نجيم، **الأشباه والنّظائر**، ص105. انظر: نقض الأحكام القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة ص 36-38 من هذا البحث.

بل إنّ الفقه الإسلاميّ تفوّق أيّما تفوّق حين لم يجعل للقاضي الثّاني حقّ التسلّط على ما أصدره القاضي الأوّل من أحكام لمجرّد اختلاف الرأي والاجتهاد، وفي ذلك توفير لحصانة أكبر للحكم القضائيّ ومهابة أكبر لمرفق القضاء.

بخلاف القانون الّذي يجعل للقاضي المطعون أمامه أن يلغي الحكم الصّادر بمجرّد أنّ تفسيره للقانون أو تقديره للوقائع والأدلّة يختلف عن تفسير وتقدير القاضي مصدر الحكم كما في حالة الاستئناف رغم أنّه قد لا يكون هذا الأخير قد أخطأ في ذلك خطأ خالف به قاعدة موضوعيّة أو إجرائيّة[1].

وهكذا فإنّ "...وظيفة الاستئناف لا تقف عند مراقبة صحّة الحكم المستأنف إنّما يؤدّي الاستئناف إلى إعادة الفصل من جديد من حيث الوقائع والقانون أمام محكمة الدّرجة الثّانية[2].

فليس من الصّواب العلميّ أن يغفل المنكرون لمبدأ الحجيّة هذه العبارات المتضافرة في امتناع نقض الأحكام القضائيّة ويغفلوا عن أثر ذلك على اعتبار الحجيّة في الفقه الإسلاميّ ثمّ يتمسّكون بحالة واحدة أجمع الفقه الإسلاميّ على وجوب نقض الحكم القضائيّ فيها بغضّ النّظر عن مصدره ووقت الطّعن فيه وهي حالة مخالفة الحكم القضائيّ للثّابت من أحكام الشّريعة.

وأعود لهذه الحالة ، فهي في الحقيقة لا تمسّ بمبدأ عدم العدول وعدم النّقض لسببين اثنين:

السبب الأوّل: أنّ توافر القاضي على الشّروط المتطلّبة فيه من العلم والعدالة كما بيّنها الفقهاء، وفي ظلّ نظام قانونيّ مستمدّ من أحكام الشّريعة يفترض بداهة أن لا يقع القاضي بحكمه في مخالفة الأحكام الشّرعيّة الواضحة الصّريحة المستمدّة من نصوص قطعيّة الثّبوت قطعيّة الدّلالة أو موضع إجماع من العلماء، بل المفروض في النّظام القانونيّ الإسلاميّ أن ينصّ بشكل واضح على قواعد الشّريعة الّتي هذه طبيعتها كأحكام أساسيّة في كلّ باب من أبوابه.

السبب الثّاني: إنّ عمل القاضي لا يقتصر على تطبيق الأحكام، بل ينصرف ابتداء إلى تقدير الوقائع وسلوك الإجراءات اللاّزمة، إضافة إلى أنّ مجالات الاجتهاد أشدّ اتّساعا ورحابة من مجال الثابت بنصّ أو إجماع، وبالتّالي فافتراض وقوع القاضي في مخالفة نصوص الشّريعة ومواضع الإجماع ضعيف للغاية.

وبناء على ما تقدّم فإنّ تمسّك المنكرين بإجماع العلماء على وجوب نقض الحكم القضائيّ من القاضي مصدر الحكم أو غيره من القضاة إذا خالف حكما شرعيّا ثابتا بنصّ أو إجماع لادّعاء نبذ الشّريعة للحجيّة تمسّك بالحالة النّادرة والاستثناء القليل، بل هو تحكّم لا مبرّر له.

(1) محمّد نعيم ياسين، **حجيّة الحكم القضائيّ**...ص144؛ عبد الحكم شرف، **بحث في حجيّة الأحكام**...ص27.

(2) أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص606.

ويفتح القانون الوضعيّ مجال للطّعن في الأحكام بالنّقض حال مخالفة هذه الأحكام للقانون أو الخطأ في تطبيقه، ومن ذلك ما نصّت عليه المادّة 500 من قانون الإجراءات الجزائيّة الجزائريّ في تحديد أوجه الطّعن بالنّقض وذكرت منها مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه.

كما أنّ سلطة المحكمة العليا في نقض الأحكام القضائيّة الّتي تكون قد أخطأت تطبيق القانون أظهر أوجه اعتماد القانون الوضعيّ نقض الحكم القضائيّ لمصلحة القانون، وإذا كان من حقّ المحكمة العليا أن تنقض الأحكام والقرارات لمجرّد اختلاف اجتهادها مع قضاة المحاكم والمجالس توحيدا للاجتهاد فإنّه لا يجوز في الشّريعة الإسلاميّة نقض الحكم لمجرّد ذلك، بل لا بدّ من أن يكون مخالفا للقواعد الصريحة الّتي ليست مجالا للاختلاف.

وأمّا ادّعاء كون نهائيّة الأحكام في الشّريعة الإسلاميّة نهائيّة موضوعيّة غير مرتبطة بالشّكل والإجراءات المتّصلة بتعدّد درجات التّقاضي وأحكام الطّعن في الأحكام فهو ادّعاء غير سليم وهذا لأنّه ينطلق من اعتقاد مجافاة الشّريعة لمبدأ تعدّد درجات التّقاضي وأنّ الأحكام تظلّ محلّ مراجعة لاحتمال مخالفتها للأحكام الشّرعيّة.

فأمّا عدم سلامة الادّعاء بمجافاة الشّريعة لمبدأ تعدّد درجات التّقاضي فإنّه يتوضّح من أنّ تعقّب الأحكام القضائيّة في الفقه الإسلاميّ مسألة خلافيّة، بحيث يمنع جانب من الفقه تعقّب الأحكام القضائيّة ولو بتظلّم الخصوم، وهو قول المالكيّة والحنفيّة، بينما يجيز جانب آخر منه تعقّب الأحكام القضائيّة خاصّة حال تظلّم الخصوم وهو قول الحنابلة والشّافعيّة في الأصحّ، وقد ترجّح لديّ من المراجعة المتكرّرة لعبارات المانعين للتعقّب أنّهم إنّما قصدوا تضييق سبل النّيل من الأحكام القضائيّة لا إغلاق الباب أمام تعقّبها مع وجود المتظلّم[1].

بل إنّ ما ثبت من قبول النبيّ ﷺ إعادة عرض الدّعوى عليه في حادثة زبية الأسد الّتي حكم فيها عليّ رضي الله عنه رغم علمه بسبق الحكم وعدم تقديم الخصوم ما يمكن اعتباره خطأ بيّنا وقع منه دليل على جواز عرض الدّعوى مرّة ثانية وحقّ الخصم في ذلك دون توقّف على إثبات وقوع خطأ في فهم الوقائع أو في إجراءات الدّعوى أو مطابقة الحكم القضائيّ للحكم الشّرعيّ، إضافة إلى أنّ منع المالكيّة والحنفيّة تعقّب الأحكام القضائيّة ولو بتظلّم الخصوم إنّما خصّوا به قضاء العالم العدل، وهو ما لا ينطبق على غالب قضاة هذا الزّمان، إذ هم في أحسن الأحوال قضاة ضرورة يجب تعقّب أحكامهم احتياطا من الخطأ والهوى في الأحكام.

---

(1) انظر: حقّ الطّعن في الأحكام القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة. ص 466-472 من هذا البحث.

ولأجل ما تقدّم فإنّه لا مانع من أن يكون التّقاضي في ظلّ الشّريعة الإسلاميّة على درجتين بحيث تحدّد الآجال وتقيّد الكيفيّات، وهذه مسألة متروكة لاجتهاد واضعي القانون المستمد من أحكام الشّريعة، وحتّى لو أخذنا برأي القائلين بأنّ التّقاضي في الشّريعة الإسلاميّة على درجة واحدة فإنّ نهائيّة الحكم تكون بمجرّد صدوره ممّا يمنحه حجيّة كاملة لا يمكن الطّعن فيها إلاّ بمخالفة الحكم القضائيّ لأحكام الشّريعة، وهو استثناء نادر في الأحكام كما سيأتي بيانه.

وأمّا عدم سلامة الادّعاء بأنّ الأحكام تظلّ محلّ مراجعة دائمة لاحتمال مخالفتها لأحكام الشّريعة فسببه أنّه لا يمكن تقسيم الأحكام القضائيّة الصّادرة في ظلّ النّظام القضائيّ الإسلاميّ قسمين: قسم موافق للشّريعة وقسم مخالف لها ثمّ نفترض أنّ مصير هذه الأحكام أن تظلّ محلّ مراجعة وتدقيق، إذ أنّ الضمانات الّتي وضعتها الشّريعة من توافر العلم والعدالة في شخص القاضي تستبعد احتمال إصداره حكما مخالفا لنصوص القرآن والسنّة ومواضع الإجماع، كما أنّ مجال تقدير القاضي باجتهاده أوسع وأرحب من مجال تطبيق الأحكام الثّابتة بنصوص القرآن والسنّة وإجماع العلماء. حتّى أنّ القرافي لم يعتبر مجرّد الإخبار عن الحكم الشّرعيّ الثّابت بنصوص القرآن والسنّة وإجماع العلماء حكما قضائيّا[1].

ولهذا فإنّه من الطّبيعيّ الجزم بأنّ الأحكام القضائيّة تنال نهائيّة إجرائيّة بمجرّد صدورها إذا افترضنا قيام النّظام القضائيّ على نظام التّقاضي على درجة واحدة، وكذلك بتفويت مواعيد الطّعن أو استنفادها حال اعتماد قيام النّظام القضائيّ على مبدأ التّقاضي على درجتين.

ويبقى احتمال نقض الحكم القضائيّ لمخالفته للحكم الشّرعيّ الثّابت بالنصّ أو الإجماع قائما ولكنّه ضعيف، ومتى تحقّق فإنّ الحكم القضائيّ الّذي هذه صفته كان منذ البدء معدوما، ولم يكن دور النّاقض سوى تقرير انعدامه لأنّ طبيعة النّظام الإسلاميّ ترفض الإقرار بالأوضاع المنافية له.

ثانيا: خلط المنكرين بين نظام الحجيّة ونظامي استنفاد المحكمة لولايتها ونهائيّة الأحكام.

كان يعفيني من مؤونة بحث ما تقدّم ذكره أن أبيّن أنّ المنكرين لمبدأ حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة إنّما انصبّ حديثهم في نفيها على نفي أنظمة أخرى غير نظام الحجيّة، أنظمة ذات صلة بنظام الحجيّة بشكل وثيق إلاّ أنّها تتميّز عنه في جوهرها وحقيقتها، خاصّة وأنّ هذا التمييز بين نظام الحجيّة ونظامي استنفاد المحكمة لولايتها ونهائيّة الأحكام نظامان مستقرّان في القانون الوضعيّ.

---

(1) الفروق، ج4ص94. إذ يعتبر أنّ الحكم القضائيّ في غير مسائل الاجتهاد إمّا مخالف للإجماع فهو حكم باطل لا يعتدّ بــه، وإمّــا موافق للإجماع فهو لا يتضمّن إنشاء، بل يتضمّن مجرّد كشف حكم الشّريعة فيما دلّ عليه الإجماع، فهو عنده محض إخبار وتنفيذ.

1. خلط المنكرين بين نظام الحجيّة ونظام استنفاد المحكمة لولايتها.

نظام استنفاد المحكمة لولايتها[1] المقصود به خروج النّزاع من سلطة المحكمة الّتي أصدرت بشأنه حكما سواء أكان إجرائيّا أم موضوعيّا[2]، بمعنى أنّ القاضي يستنفد ولايته في النّزاع المطروح أمامه بإصداره حكمه فيها، وينتج عن ذلك عدم قدرة المحكمة مصدرة الحكم على الرّجوع عن الحكم أو تعديله بالحذف أو الإضافة حتّى ولو كان ما قضي به خطأ جدير بتصحيحه.

ويظهر تميّز نظام الحجيّة عن نظام استنفاد المحكمة لولايتها جليّا في نقاط كثيرة أهمّها أنّ قاعدة استنفاد المحكمة لولايتها تلعب دورها في منع إثارة النّزاع داخل الخصومة القضائيّة، بحيث تمنع المحكمة من معاودة النّظر فيما فصلت فيه بحكم من مسائل النّزاع –إجرائيّا أم موضوعيّا– كما تمنع الخصوم من إثارتها أمام ذات المحكمة. بينما يظهر دور نظام الحجيّة خارج الخصومة القضائيّة بالنّسبة للدّعاوى الّتي تثور في المستقبل وهذا من خلال التّمسّك بحجيّة الحكم السّابق أو الدّفع بها بسبق الفصل.

وبناء على ذلك فإنّ ما تمسّك به المنكرون لحجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة من أنّ للقاضي في الفقه الإسلاميّ حقّ العدول عن الحكم الّذي أصدره ومراجعته وإعادة النّظر فيه، وحقّ الخصوم في إعادة طرح نفس الدّعوى مرّة أخرى على المحكمة الّتي سبق وأن حكمت في موضوعه للتدليل على عدم حيازة الأحكام القضائيّة الحجيّة في ظلّ النّظام القضائيّ الإسلاميّ تمسّك غير صحيح.

بل كان عليهم أن يبحثوا في الفقه الإسلاميّ عمّا يدلّل على أنّه ليس من حقّ الخصوم أن يتمسّكوا بالأحكام السّابقة لتأسيس دعاوى جديدة يطالبون فيها بحقوق تستند موضوعيّا إلى مضمون الأحكام السّابقة. كمن يرفع دعوى يطالب فيها بحقّ الميراث لسبق صدور حكم يثبت نسبه للمورّث، وأنّه ليس للقاضي أن يستجيب لهذه الطّلبات ولا أن يستند إلى تلك الأحكام السّابقة. وهيهات لهم ذلك وعبارات الفقهاء متضافرة في الدّلالة على ما يناله الحكم القضائيّ من صحّة وما يجب له من نفوذ ملزم للقضاة والخصوم وغيرهم[3].

كما كان عليهم أن يبحثوا في الفقه الإسلاميّ عمّا يدلّل على أنّه ليس من حقّ الخصوم أن يتمسّكوا بالأحكام السّابقة في دفع دعاوى جديدة تتّفق مع الدّعوى المحكوم فيها في أطرافها وموضوعها وأسبابها، وأنّه

---

(1) سبق التّعرّض لتمييز نظام حجيّة الحكم القضائيّ عن نظام استنفاد المحكمة لولايتها في الفقه الإسلاميّ والقانون الوضعيّ، انظر ص 64-67 و71-74 من هذا البحث.

(2) أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص10.

(3) انظر: مبحث الظّاهر من أحكام القضاء الصحّة ص 31-34 من هذا البحث.

ليس للقاضي أن يمتنع عن نظر الدّعوى إذا سبق الفصل فيها بحكم نهائيّ، وهيهات لهم ذلك وقد سبق التّعرّض لمبحث نقض الأحكام وتأكّد من خلاله امتناع إعادة الدّعوى وسماعها متى فصلت بحكم[1].

2. خلط المنكرين بين نظام الحجيّة ونظام نهائيّة الأحكام.

نظام نهائيّة الأحكام سواء أكان المقصود به عدم إمكانيّة استئنافها كما سبق بيانه، أو كونها صارت باتّة يمتنع الطّعن فيها مطلقا فإنّه ينصبّ على بحث إمكانيّة الطّعن في الأحكام أو عدمه، وتنقسم الأحكام بناء على إمكانيّة الطّعن فيها إلى[2]:

- أحكام ابتدائيّة.
- احكام نهائيّة.
- أحكام حائزة لقوّة الأمر المقضيّ.
- أحكام باتّة.

ويقرّر الباحثون في مجال القانون أنّ الحجيّة تثبت لكلّ حكم موضوعيّ يفصل في الخصومة، سواء أكان هذا الحكم نهائيّا أم ابتدائيّا، حائزا لقوّة الأمر المقضيّ أنم غير حائز لها[3]، وممّا تقدّم يتبيّن أنّ المنكرين لمبدأ حجيّة الأحكام القضائيّة في الفقه الإسلاميّ انطلقوا من مقدّمات غير سليمة لا يمكن اعتمادها لنفي الحجيّة، وبصرف النّظر عن عدم صحّة ادّعاءاتهم بإمكانيّة العدول ونقض الأحكام في الفقه الإسلاميّ فقد أخطأوا الاستدلال بأن بحثوا مسائل أخرى غير مسألة الحجيّة.

ثالثا: أسباب نفي المنكرين لمبدأ الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

يعتبر هذا البند خلاصة ما تعرّضت له في هذا المطلب المتعلّق بإنكار حجيّة الحكم القضائيّ في الفقه الإسلاميّ، فبعد عرض أراء المنكرين وتحرير مستنداتهم، وبحث ادّعاءاتهم من خلال التّعرّض لمسألتي العدول والنّقض في الفقه الإسلاميّ وكذا مسألة نهائيّة الأحكام القضائيّة في النّظام القضائيّ الإسلاميّ، ثمّ مناقشتهم وتفنيد ما تعلّقوا به للتدليل على انتفاء حجيّة الأحكام في الشّريعة الإسلاميّة، فقد بدا لي أنّه من الضّروريّ الإشارة ولو بشكل مختصر إلى الأسباب الكامنة وراء هذا الرأي، ويظهر لي أنّه يمكن أن تتلخّص فيما يلي:

---

(1) انظر: ص 36-38 من هذا البحث.

(2) انظر: مبحث "تحصّن الأحكام القضائيّة على الطّعن" ص 481-483 من هذا البحث.

(3) انظر: السنهوري، **الوسيط**...ج2ص631-634؛ جلال علي العدوي، **أصول أحكام الالتزام والإثبات**، ص331؛ سمير عالية، **قوّة القضيّة المقضيّة**، ص22-23.

1. التّأثر ببعض عبارات الفقهاء الّتي تجيز العدول عن أحكام القضاء من طرف القاضي مصدر الحكم، وهي عبارات بعض المالكيّة الّتي سبق الإشارة إليها، خاصّة وأنّ هؤلاء الفقهاء القانونيّون الفرنسيّون عرفوا فقه الشّريعة من خلال المذهب المالكيّ الّذي درسوه واطّلعوا على كثير من مصادره إبان احتلال فرنسا للمغرب العربي وخاصّة الجزائر.

وقد سبق أن بيّنت أنّ غالب الفقه الإسلاميّ على امتناع العدول، وأنّه القول الرّاجح في المسألة.

2. اعتبارهم أنّ نقض الحكم القضائيّ بسبب مخالفته الثّابت من أحكام الشّريعة والّذي تضافرت عبارات الفقهاء على الإجماع على وجوب نقضه مثالا كافيا لنقض القاعدة ونفي الحجيّة مطلقا.

وقد سبق أن بيّنت أنّ مخالفة الحكم القضائيّ بسبب مخالفة الثّابت من أحكام الشّريعة هو استثناء نادر لا تختلّ به القاعدة، وأنّ طبيعة النّظام الإسلاميّ المستمدّ من الدّين والوحي يخالف القانون الوضعيّ وبالتّالي فإنّه لا يصحّ أن يأتي هؤلاء المنكرون بنظم جاهزة ويعتبروها مرجعيّة مسلّمة وأصلا عامّا تقاس عليه قواعد الشّريعة وفقهها بحيث لا يسلّمون بوجود المبدأ إلاّ إذا وجد على النّسق والنّموذج المتوفّر لديهم بأصوله وتفريعاته.

وقد أشار مارسال مورون (M.MORAND) إلى أنّ حجّة القائلين بغير هذا الرأي وهو وجود استثناء لهذه القاعدة عكس القانون الفرنسيّ الّذي لا يورد هذا الاستثناء على المبدأ،ووصل على نتيجة مفادها أنّ هذه الاستثناءات الّتي ترد على قاعدة الحجيّة في فقه الشّريعة ليست إلاّ وجوها للطّعن في الحكم القضائيّ تقابل وتشابه وجوه الطّعن المقرّرة للأحكام القضائيّ في القانون الحديث[1].

---

(1) M. MORAND, *op. cit.*, p.340-357.

المطلب الثّالث: مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ في القانون الوضعيّ.

تعتمدّ مشروعيّة حجيّة الأحكام القضائيّة على النّصوص القانونيّة الّتي تقرّر هذا المبدأ سواء في صورة التمسّك بالحجيّة أو الدّفع بها، وسواء أتعلّق الأمر بتقريره عامّة أم ارتبط بتفاصيل إعماله.

وقد استقرّ التّشريع الوضعيّ على اعتبار الحجيّة والعمل بها رغم ما بينه من اختلافات في نطاقها وشروط إعمالها وعلاقتها بالنّظام العامّ بشكل لا يمسّ باستقرارها والتّسليم بها.

وسأحاول في هذا المطلب أن استحضر أهمّ النّصوص الّتي تقرّر حجيّة الحكم القضائيّ في القوانين الثّلاثة (القانون الجزائريّ، القانون المصريّ، القانون الفرنسيّ) أقدّمها كنماذج عن أدلّة تشريعها في القانون الوضعيّ مع الوقوف خاصّة عند بعض الملاحظات في تشريع الحجيّة في القانون الجزائريّ في المادّتين المدنيّة والجزائيّة مع ذكر بعض الاجتهادات القضائيّة في توضيح معنى هذه النّصوص وكيفيّة تطبيقها.

ولهذا فإنّ تناول هذا المطلب يكون على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ في القانون المدنيّ.

الفرع الثّاني: مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ في القانون الجنائيّ.

الفرع الأوّل: مشروعية حجيّة الحكم القضائيّ في القانون المدنيّ.

أوّلا: عرض النّصوص المقرّرة لحجيّة الحكم القضائيّ في القانون المدنيّ.

نصّت المادّة 338 من القانون المدنيّ الجزائريّ على أنّ "الأحكام الّتي حازت قوّة الشيء المقضيّ به تكون حجّة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أيّ دليل ينقض هذه القرينة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجيّة إلاّ في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغيّر صفاتهم وتتعلّق بحقوق لها نفس المحلّ والسّبب، ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيّا".

كما نصّت المادّة 101 من قانون الإثبات المصريّ على أنّ "الأحكام الّتي حازت قوّة الشيء المقضيّ به تكون حجّة بما فصلت فيه من الحقوق، فلا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجيّة. ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجيّة إلاّ في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغيّر صفاتهم وتتعلّق بذات الحقّ محلاّ وسببا، وتقضي المحكمة بهذه الحجيّة من تلقاء نفسها" كما اعتمده قانون الإجراءات المصري في المادّة 116 حيث نصّ على أنّ "الدّفع بعدم جواز نظر الدّعوى لسابقة الفصل فيها تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها".

ونصّت المادّة 1351 من القانون المدنيّ الفرنسيّ على أنّ "حجيّة الأمر المقضي لا تنصرف إلاّ لما كان محلاّ للحكم، يجب أن يكون الشيء المطلوب ذاته، ويكون الطّلب مؤسّسا على ذات السّبب، وبين نفس الأطراف بنفس الصّفات"

وقد تجاوب الاجتهاد القضائيّ مع هذه النّصوص، من ذلك ما قضت به المحكمة العليا من أنّه "...من المقرّر أيضا أنّ الأحكام الّتي حازت قوّة الشيء المقضيّ فيه تكون حجّة بما فصلت فيه...ولّما تراجع نفس المجلس عن القرار السّابق الّذي أصبح نهائيّا فلا يمكنهم عندئذ لنفس الأسباب والأطراف والموضوع النّظر فيه من جديد لسبق الفصل في النّزاع بصورة نهائيّة، ولّما خالفوا ذلك يكونوا قد خرقوا مبدأ حجيّة الشيء المقضيّ فيه، وأساءوا تطبيق القانون وعرّضوا قرارهم للنّقض دون إحالة"[1].

فقد دلّ قرار المحكمة العليا على ذات المعنى الّذي تضمّنته المادّة 338 من القانون المدنيّ وهو أنّ الحجيّة تضاف للأحكام الحائزة لقوّة الشيء المقضيّ فيه[2]، وأنّ معناها هو أن تكون تلك الأحكام حجّة فيما فصلت فيه، وأنّ وحدة الأطراف والأسباب والموضوع تجعل إعادة طرح النّزاع ونظره ممتنعين، ولو حدث ذلك فإنّه مستحقّ للنّقض نظرا لخرقه لمبدأ الحجيّة والّذي يقتضي من المحكمة احترام الحكم السّابق الفصل به، واعتبار ما قضى به حجّة يلزم الأخذ بها.

كما قضت محكمة النّقض المصريّة بأنّ "حجيّة الأمر المقضيّ المانعة من معاودة طرح ما فصل فيه الحكم النّهائيّ شرطها أن يكون طرفا الدّعوى الجديدة قد تنازع كلّ منهما ضدّ الآخر في الدّعوى السّابقة في مسألة وصدر الحكم فيها حسما لها..."[3]، فقد أشار هذا القرار إلى الفائدة العمليّة للحجيّة متمثّلة في منع معاودة طرح النّزاع بدعوى جديدة، كما بيّن ضرورة أن يكون هناك فصل في النّزاع القائم بين الطّرفين لحيازة الحكم للحجيّة.

ثانيا: ملاحظات حول منهج المشرّع الجزائريّ في تقرير حجيّة الحكم القضائيّ في المادّة المدنيّة.

أدرج القانون المدنيّ الجزائريّ في بابه السّادس النصّ المتعلّق بقوّة الشيء المقضيّ به ضمن الفصل الثّالث المشتمل على النّصوص الخاصّة بالقرائن.

---

(1)طعن رقم 146457، قرار بتاريخ 17-07-1996، **المجلّة القضائيّة**، العدد1، 1997م، ص28؛ انظر أيضا: نقض مدنيّ، طعن رقم 24509، قرار بتاريخ 03-03-1982، **المجلّة القضائيّة**، العدد1، 1989، ص26؛ نقض مدني، طعن رقم 12042، قرار بتاريخ 27-06-1975(نقلا عن بكوش يحي، **أدلّة الإثبات**...ص397)

(2) سأعود إلى مسألة الخلط بين حجيّة الحكم القضائيّ وقوّته. ص 127 من هذا البحث.

(3) نقض مدنيّ، طعن رقم902، سنة51ق، جلسة 19-06-1986، س37، ص719 (نقلا عن: سعيد أحمد شعلة، **قضاء النّقض المدنيّ في حجيّة الأحكام**، منشأة المعارف بالإسكندريّة، مصر، 1998، ص32)

والملاحظ على المشرّع الجزائريّ ما يلي:

1. أنّه عبّر عن الحجيّة ب" قوّة الشيء المقضيّ به"، وهذا من قبيل الخلط الّذي نبّه عليه كثير من المشتغلين بالقانون المدنيّ، وهو نفس ما ورد في المادة 1/405 من القانون المصريّ، فقد عبّر ب" الأحكام التّي حازت قوّة الأمر المقضي وهو يقصد حجيّة الأمر المقضيّ"[1]، ذلك أنّ الحكم القضائيّ ينال بمجرّد صدوره الحجيّة، "لأنّ القاضي لا يستطيع أن يقضي بخلاف ما سبق به القضاء بمجرّد أن يستظهر بالحكم السّابق، ولو كان غير مستنفذ لأيّ طريق من طرق الطّعن، فالحجيّة هذه ملزمة له"[2].

وهذا الحكم القطعيّ، نهائيّا كان أم ابتدائيّا، حضوريّا أم غيابيّا، تثبت له الحجيّة كما سبق أن توضّح من خلال تعريفه، وهي تختلف عن قوّة الأمر المقضيّ كما سبق بيانه[3]، والوقوف عند ظاهر العبارة يُفقد الحكمة من القاعدة التي شرّعتها المادة 338 من القانون المدنيّ الجزائريّ، إذ أنّ الحكم إذا وصل إلى مرتبة قوّة الأمر المقضيّ يكون قطعا حائزا الحجيّة.

2. اختار المشرّع الجزائريّ كما فعل المشرّعان المصريّ والفرنسيّ إدراج الحجيّة ضمن القرائن القانونيّة، وقد نصّ صراحة –أي المشرّع الجزائريّ– على اعتبار الحجيّة قرينة في قوله :"ولا يجوز قبول أيّ دليل ينقض هذه القرينة"، وهو ذات ما فعله المشرّع الفرنسيّ حيث أدرج الحديث عن الحجيّة في المادّة 1351 تحت فصل القرائن القانونيّة[4].

---

(1) السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص633، يقول أحمد السيّد صاوي بعد أن أورد نصّ المادّة 101 من قانون الإثبات المصري: "يقابل هذا النصّ نصّ المادة 405 من القانون المدني القائم، و يؤخذ عليه أنّه استخدم تعبير" الأحكام التي حازت قوّة الأمر المقضيّ" وهذا تعبير خاطىء، كثير الشيوع في الفقه والقضاء، إذ أنّ الحجيّة تثبت لكلّ حكم قطعيّ، بمجرّد صدوره...وعليه فإنّ تعبير نصّ المادّة 101 فيه خلط بين حجيّة الأمر المقضيّ وقوّة الأمر المقضيّ، الأمر الّذي يجب مراعاته" (**الشروط الموضوعيّة**... ص8).

(2) بكوش يحي، **أدلّة الإثبات**... ص373.

(3) انظر: تعريف حجيّة الحكم القضائيّ في القانون الوضعيّ ص 42-48 من هذا البحث، وتمييز حجيّة الحكم القضائيّ عن قوّة الأمر المقضيّ ص 75-77 من هذا البحث.

(4) وقد عدّدت المادّة 1350 من القانون المدنيّ الفرنسيّ القرائن القانونيّة، وذكرت منها حجيّة الأمر المقضيّ.

Art.1350 C. Civ.: « La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits; tels sont:

1° Les actes que la loi déclare nuls, comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité;

2° Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées;

3° L'autorité que la loi attribue à la chose jugée;

4° La force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment »; source: http://www.legifrance.gouv.fr

وهو ذات ما فعله المشرّع المدني المصريّ فقد أورد النّصّ المتعلّق بالحجيّة 405 ضمن النّصوص الخاصّة بالقرائن القانونية، كما ورد اعتبار الحجية قرينة صريحا في نصّ المادّة "...لا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة "[1]، إلاّ أنّ قانون الإثبات المصريّ الّذي جاء بعده سنة 1968 ميّز بين القرائن وحجيّة الأمر المقضيّ، بحيث خصّص الفصل الأوّل من الباب الرّابع للقرائن، وخصّص الفصل الثّاني لحجيّة الأمر المقضيّ، ولهذا جاءت المادّة 101 منه بحذف كلمة القرينة على النحو التالي: "...لا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجيّة".

وهو ذات ما فعله المشرع الفرنسيّ حيث أدرج الحديث عن الحجيّة في المادّة 1351 تحت فصل القرائن القانونيّة ونصّ على أنّ "حجيّة الأمر المقضيّ لا تنصرف إلاّ لما كان محلاّ للحكم، يجب أن يكون الشيء المطلوب ذاته، ويكون الطّلب مؤسّسا على ذات السّبب، وبين نفس الأطراف بنفس الصّفات"

تقول ناتالي فريسيرو[2] (N. FRICERO): "تعتبر حجيّة الشّيء المقضيّ في القانون المدنيّ قرينة قانونيّـــة مطلقة على الحقيقة لصيقة بالحكم"[3].

3. ميّز المشرّع الجزائريّ حجيّة الأمر المقضيّ عن القرائن القانونيّة الأخرى في أنّه اعتبرها قرينة مطلقة، لا تنتقض بالدليل العكسيّ، خلافا لباقي القرائن التي تُنقض بالدليل العكسيّ.

فقد نصّت المادة 337 من القانون المدنيّ على أنّ "القرينة القانونيّة تغني من تقرّرت لمصلحته عن أيّة طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنّه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسيّ ما لم يوجد نصّ يقضي بغير ذلك"، بينما تنصّ المادّة 338 منه المتعلّقة بالحجيّة على أنّه "...لا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة"، ولهذا فيمكن التّمسّك بحجيّة الشيء المقضيّ في دفع أيّ دعوى جديدة حول نفس موضوع النّزاع متى توفّرت فيها شروط الدّفع بسبق الفصل.

والقصد من ذلك هو منع تجدّد الخصومات وتأبيدها، وكذا منع تعارض الأحكام القضائيّة في ذات موضوع النّزاع ممّا يفقد هيبة القضاء ومصداقيّته، وهذا بطبيعة الحال لا يمنع من الطّعن في الحكم القضائيّ الحائز للحجيّة بأحد الطرق الاعتياديّة أو غير الاعتياديّة، وإنّما يظهر أثرها كما سبق بيانه في أنّه لا يجوز

(1) وقد جاء في المذكرة الإيضاحيّة للمشروع التّمهيدي للقانون المدنيّ المصريّ تبريرا لوضع حجيّة الأمر المقضيّ ضمن القرائن القانونيّة "الواقع أنّ حجيّة الشيء المقضيّ به تنطوي على معنى الدليل، وإن كانت قاعدة من قواعد نظام القضاء، ولذلك رُؤي إبقاء النصّ الخاصّ بها في مشروع التقنين المدنيّ بين النصوص الخاصّة بالقرائن القانونيّة على غرار ما هو متّبع في أكثـــر التّقنينـــات" (**مجموعـــة الأعمـــال التّحضيريّة**، ج3 ص 420-421، نقلا عن السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص 631).

(2) أستاذة التعليم العالي، مديرة معهد الدراسات القانونية بنـــيس(Nice)، من مؤلفاتها (Essentiel de procédure civile) انظر الموقع الالكتروني: http://www.numilog.com.

(3) « L'autorité de la chose jugée est conçue par le code civil comme une présomption légale irréfragable de vérité attachée au jugement » (Natalie FRICERO, *op. cit.*, p. 909)

للخصوم تجديد النّزاع بدعوى مبتدأة متعلّقة بنفس النّزاع، وقائم بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغيّر صفاتهم وتتعلّق بحقوق لها نفس المحلّ والسّبب.

ويظهر أثرها بوضوح من النّاحية العمليّة في صورة الدّفع برفض الدّعوى لسبق الفصل فيها، وهو دفع يهدف إلى عدم قبول الدّعوى الجديدة يتمسّك به المدّعى عليه، أو من خلال التمسّك بحجيّة الحكم القضائيّ ذاته، وذلك بإقرار حقّ تأسيس دعوى جديدة على حكم حائز للحجيّة يتمسّك به المدّعي.

4. قصر النصّ أثر حجيّة الحكم القضائيّ على الوجه السلبيّ المتمثّل في منع إعادة نظر الدّعوى لسبق الفصل فيها نظرا لوحدة الخصوم والمحلّ والسّبب، ويتمثّل في صورته العمليّة في الدّفع بسبق الفصل من طرف المدّعى عليه، وهو قاصر على الخصوم لامتناع إثارة المحكمة لسبق الفصل من تلقاء نفسها، بينما أغفل النصّ الأثر الإيجابي للحجيّة متمثّلا في التمسّك بما سبق الفصل به، وذلك برفع دعوى مستجدّة مؤسّسة على حكم حائز للحجيّة يتمسّك به المدّعي، يقصد من خلاله بلوغ حقّ أو منفعة مؤسّسة على التّسليم بما قضى به الحكم الأوّل.

الفرع الثّاني: مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ في القانون الجنائيّ.

اعتمدت نصوص قانون الإجراءات الجزائيّة حجيّة الحكم القضائيّ متمثّلة في منع متابعة المتّهم عن نفس الوقائع الّتي صدر بشأنها حكم نهائيّ، إضافة إلى أنّ نصوص القانون المدنيّ قد قرّرت ما للحكم الجنائيّ من حجيّة على الدّعوى المدنيّة، ولهذا سأعمد إلى عرض نصوص هذه الموادّ، ثمّ أذكر بعض الملاحظات حول منهج المشرّع الجزائريّ في التّعامل مع الحجيّة في المادّة الجزائيّة على النّحو التّالي:

أوّلا: عرض النّصوص المقرّرة لحجيّة الحكم القضائيّ في القانون الجنائيّ.

نصّت المادّة 2/311 من قانون الإجراءات الجزائيّة الجزائري على أنّه "...لا يجوز أن يعاد أخذ شخص قد برئ قانونا أو اتّهامه بسبب الوقائع نفسها حتّى ولو صيغت بتكييف مختلف" وبتعبير يكاد يكون مطابقا نصّت المادّة 368 من قانون الإجراءات الجزائيّة الفرنسيّ على نفس المعنى، وتتضمّن هذه المادّة النصّ على منع إعادة المتابعة لشخص معيّن عن ذات الوقائع، وهذا نظرا لأنّ الحكم السّابق بالبراءة أو الإدانة يعتبر حائزا للحجيّة.

كما تعتبر المادّة 06 من قانون الإجراءات الجزائيّة الجزائريّ صدور الحكم الحائز لقوّة الشيء المقضيّ سببا لانقضاء الدّعوى العموميّة الرّامية إلى تطبيق العقوبة، فقد نصّت هذه المادّة على أنّه "تنقضي الدّعوى

العموميّة الرّامية إلى تطبيق العقوبة بوفاة المتّهم، العقوبة وبالتّقادم وبالعفو الشّامل وبإلغاء قانون العقوبات وبصدور حكم حائز لقوّة الشيء المقضي"[1]، وهو نفس ما نصّت عليه المادّة 06 من قانون الإجراءات الجزائيّة الفرنسيّ، وهذا الانقضاء بطبيعة الحال مانع من إعادة متابعة المتّهم عن نفس الوقائع الّتي صدر بشأنها حكم حائز لقوّة الشيء المقضي، ومعنى هذا أنّ للحكم حجيّة مانعة من إصدار حكم جديد بدعوى جديدة يتابع فيها نفس الشّخص عن نفس الوقائع.

وهو نفس ما تضمّنته المادّة 454 من قانون الإجراءات الجنائيّة المصريّ حيث تنصّ على أنّه "تنقضي الدّعوى الجنائيّة بالنّسبة للمتّهم المرفوعة عليه والوقائع المسندة فيها إليه بصدور حكم نهائيّ فيها بالبراءة أو بالإدانة، وإذا صدر الحكم في موضوع الدّعوى الجنائيّة فلا تجوز إعادة نظرها إلاّ بالطّعن في هذا الحكم بالطّرق المقرّرة في القانون".

ولحجّيّة الحكم الجنائيّ وجه آخر أشارت إليه المادّة 339 من القانون المدنيّ الجزائريّ حيث تنصّ على أنّه "لا يرتبط القاضي المدنيّ بالحكم الجنائيّ إلاّ في الوقائع الّتي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريّا"، فإنّ صدور الحكم الجنائيّ يوجب على القاضي المدنيّ مراعاة ما تضمّنه هذا الحكم من وقائع فصل فيها وعدّ هذا الفصل ضروريّا، وهي صورة لحجّيّة الحكم الجنائيّ على القضاء المدنيّ حيث يرتبط هذا الأخير بالحكم الجنائيّ من حيث وقوع الجريمة ووصفها القانونيّ ونسبتها إلى الفاعل.

وقد تجاوب الاجتهاد القضائيّ مع اعتماد حجيّة الحكم القضائيّ في المادّة الجزائيّة، فقد قضت المحكمة العليا بأنّه "لا تجوز أيّة متابعة جديدة بنفس الواقعة وضدّ نفس المتّهم"[2]، كما قضت "إنّ الدّفع بحجيّة الشيء المقضيّ به في المواد الجنائيّة قاعدة من النّظام العام"[3] وقضت بأنّه "لا يمكن أن يدان المتّهم مرّتين عن فعل واحد"[4].

ثانيا: ملاحظات حول منهج المشرّع الجزائريّ في تقرير حجيّة الحكم القضائيّ في المادّة الجنائيّة.

الملاحظ على المشرّع الجزائريّ في تقريره لحجيّة الحكم القضائيّ في المادّة الجزائيّة ما يلي:

---

(1) القانون رقم 86-05 المؤرّخ في 04-03-1986م.

(2) جنائي 19 نوفمبر 1968، **مجموعة الأحكام**، ص355.

(3) جنائي 29 أفريل 1969، **نشرة القضاة**، 1970، العدد 3، ص56.

(4) جنائي 20ماي 1969، **نشرة القضاة**، 1970، العدد 2، ص68.

1. أنّه عبّر بعبارة "لا يجوز" في نصّ المادّة 2/311، وعدم الجواز هنا ملزم للكافّة، فإضافة إلى ورود النصّ ضمن نصوص الإجراءات الجزائيّة فإنّ دلالة هذه العبارة تقتضي أن تكون حجيّة الحكم القضائيّ في المادّة الجزائيّة ملزمة للكافّة (قضاة وخصوما وغيرهم) وهو ما يعبّر عنه بالحجيّة المطلقة للحكم الجنائيّ، وتدلّ قطعا على تعلّقها بالنّظام العامّ حيث يكون للمحكمة إثارة سبق الفصل من تلقاء نفسها.

2. أنّه ركّز على الدّور السّلبيّ لحجيّة الحكم الجنائيّ وهو منع إعادة محاكمة نفس المتّهم عن نفس الوقائع، وهذا لا ينفي الدّور الإيجابي للحجيّة، وهو ما أشارت إليه المادّة 339 من القانون المدنيّ الجزائريّ حيث نصّت على أنّه "لا يرتبط القاضي المدنيّ بالحكم الجنائيّ إلاّ في الوقائع الّتي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريّا"، وهو ما يسمّى بحجيّة الحكم الجنائيّ أمام القضاء المدنيّ حيث يرتبط هذا الأخير بالحكم الجنائيّ من حيث وقوع الجريمة ووصفها القانونيّ ونسبتها إلى الفاعل.

بل إنّ للحكم الجنائيّ دورا إيجابيّا يمارسه على الحكم الجنائيّ بحيث يمكن لأحد المساهمين في الجريمة أن يتمسّك بالحكم الجنائيّ القاضي ببراءة أحد المساهمين الآخرين إذا كانت مبنيّة على أسباب موضوعيّة كأن يكون الفعل غير معاقب عليه.

3. أنّه قصر حجيّة الحكم الجنائيّ المانعة من إعادة المتابعة أو الموجبة لانقضاء الدّعوى العموميّة أو الملزمة للقضاء المدنيّ على الحكم الجنائيّ النّهائيّ، المعبّر عنه بالحائز لقوّة الأمر المقضيّ، ومعنى ذلك أنّ مظاهر حيازة الحكم الجنائيّ للحجيّة في منع إعادة المتابعة وارتباط القضاء المدنيّ به معلّق على انقضاء الدّعوى العموميّة وذلك بصدور حكم غير قابل للطّعن فيه.

خلاصة مقارنة

يرتبط الحديث عن مشروعيّة حجيّة الأحكام القضائيّة بجملة النّصوص والقواعد الّتي قرّرتها في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ، ويتبيّن من خلال ما سبق عرضه من أدلّة مشروعيّة الحجيّة في كلّ منهما جملة ملاحظات مهمّة تظهر كما يلي:

1. تظهر مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة كحكم شرعيّ يتضمّن الإلزام بالتّسليم لما تمّ القضاء والفصل به في نصوص صريحة كقوله تعالى: (▫•☒• ❒◆❻◆🙾■⌧⌨⌂ •• ✍⌂☺⑩♑▫ ☒🖰❑←☺🖎ℯ𝓇▤⌂•⇖③ ▤⊘✹☹⌂❍ ☙♍❑⇖✡♑✌⬀•⇖③ ☑❼⌧✖ ☎✂❒←⑨🖎♑•⑥ •• ▪☠➔⚐ ⬄⚐←♑❑✡⬀❹♦🙾 ♦❷⌂⬈☒▲ ✽💣☼⬂⑩•⊘•🕭 ✍❍☺♑♓✌ 🕭☯♊♦❷⌂❍ ⬁☠⌧♒🖎❍➔▦☼❒🕮 ❒◆④➔❍✽🖬♑☺←❑✂☎ ✍■❍⬄🖬⌧⑩☺✞✍)[1]، وهو تسليم مقترن بتوافر صفة الإيمان واستقرارها في نفوس المكلّفين، كما يتضمّن النّهي عن مباشرة القضاء في الخصومة بعد الفصل فيها كما في الحديث السّابق الذّكر "لا يقضينّ أحد في قضاء بقضائين"[2]، وهذا الإلزام بالتّسليم والنّهي عن إعادة التصدّي للخصومة بعد الفصل فيها إنّما هو خطاب للمكلّفين الّذين يُطلب منهم تحقيقه بأداء ما يلزم لإقامته والامتناع عمّا ينافيه، ولهذا كان الخطاب شاملا للقضاة والخصوم على السّواء، فالخطاب في الآية وإن كان موجّها ابتداء للمتقاضين يلزمهم بالتّسليم لحكم القضاء وترك المنازعة فيما فصل فيه، فهو كذلك موجّه للقضاة بترك بحث ما فصلوا فيه من أحكام لتمكين المتقاضين من تحقيق واجب التّسليم للحكم القضائيّ وترك المنازعة فيه، إذ لا يصحّ مع التّسليم بحث القضاة في سلامة الحكم القضائيّ أو إحداث تعديل أو تغيير فيه ناهيك عن إلغائه بحكم جديد.

وكذلك الخطاب في الحديث الشّريف الموجّه ابتداء للقضاة ينهاهم عن إيجاد قضاء ثان مخالف لما سبق القضاء به، فهو كذلك موجّه للخصوم بترك تجديد المنازعة فيما سبق الفصل فيه، لأنّ سعيهم في تجديد المنازعة وقصدهم في إيجاد قضاء ثان مخالف لما تمّ القضاء به توسّل لأمر منهيّ عنه، فكان ذلك منهيّا عنه بشكل غير مباشر.

بينما تظهر مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ في القانون الوضعيّ كقرينة قانونيّة لا يجوز قبول دليل ينقضها، وهي بذلك لا تتضمّن النصّ عليها خطابا مباشرا للقضاة أو الخصوم يلزمهم بترك بحث المسألة الّتي سبق الفصل فيها، وإنّما تظهر كقاعدة إجرائيّة تترتّب في حال مخالفتها من طرف الخصوم برفع دعوى جديدة

---

(1) **سورة النّساء**، الآية 65.

(2) سبق تخريجه ص 55 من هذا البحث.

في الموضوع ذاته المحكوم فيه حقّا للمدّعى عليه بدفع الدّعوى بسبق الفصل فيها وسلطة للقاضي في رفض الدّعوى بالاستجابة لهذا الدّفع أو إثارة الحجيّة من تلقاء نفسه.

ولئن كان حقّ القضاء في إثارة الحجيّة من تلقاء نفسه مكفولا في المادّة الجنائيّة الّتي تظهر فيه الحجيّة كقاعدة آمرة بنصّ المادّة 2/311 من قانون الإجراءات الجزائيّة[1] ويكون صدور حكم قضائيّ نهائيّ سببا لانقضاء الدّعوى العموميّة بنصّ المادّة 06 من قانون الإجراءات الجزائيّة[2]، ولا تخفى الطبيعة الملزمة لقواعد الإجراءات الجزائيّة، فإنّه على النّقيض من ذلك يمتنع على المحكمة في ظلّ القانون المدنيّ الجزائريّ إثارة الحجيّة من تلقاء نفسها، فهو لم يكتف بعدم إلزام المحكمة بإثارة الحجيّة، بل يمنعها من إثارتها من تلقاء نفسها[3]، ويكون أخذها بها من تلقاء نفسها سببا لاستحقاق قضائها للنّقض[4].

وحتّى في ظلّ قانون الإثبات المصريّ الّذي ينصّ في المادّة 101 على أنّه "...تقضي المحكمة بهذه الحجيّة من تلقاء نفسها" لا يظهر الأخذ بالحجيّة والتزامها كواجب على القاضي، بل تركّز المادّة المذكورة على سلطة المحكمة في إثارة هذه الحجيّة من تلقاء نفسها، وأمّا بالنّسبة للخصوم فإنّ المسألة تغدو أكثر وضوحا حيث تبدو الحجيّة كحقّ للمدّعى عليه يمكن استعماله بدفع الدّعوى بسبق الفصل فيها، ويمكن أن يتنازل عن استعماله ممّا ينجرّ عنه غالبا نشوء أحكام قضائيّة مختلفة في ذات النّزاع لنفس السبب وبين نفس الأطراف.

2. تستند مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة سواء في المادّة المدنيّة أم في المادّة الجزائيّة على نفس النّصوص المقرّرة لها, حيث لا تميّز هذه الأدلّة بين الحكم المدنيّ والحكم الجزائيّ في منحهما واجب التّسليم والاحترام من طرف القضاة والخصوم، فإنّ الآية المتقدّمة الذّكر في قوله تعالى: ([illegible]

---

(1) تنصّ المادّة 2/311 منه على أنّه "لا يجوز أن يعاد أخذ شخص قد برئ قانونا أو اتّهامه بسبب الوقائع نفسها حتّى ولو صيغت بتكييف مختلف" وهو ذات المعنى الّذي تتضمّنه المادّة 454 من قانون الإجراءات الجنائيّة المصري والمادّة 368 من قانون الإجراءات الجزائيّة الفرنسيّ.

(2) قانون رقم 86-05 المؤرّخ في 04-03-1986م، كما اعتبرت صدور حكم نهائيّ سببا لانقضاء الدّعوى العموميّة المادّة 06 من قانون الإجراءات الجزائيّة الفرنسيّ، والمادّة 454 من قانون الإجراءات الجنائيّة المصريّ.

(3) حيث تنصّ المادّة 338 منه على أنّه "...ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها".

(4) قضت المحكمة العليا بأنّه "من المقرّر قانونا أنّه لا يجوز للقضاة أن يأخذوا بقرينة حجيّة الشيء المقضيّ فيه تلقائيّا، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خطأ في تطبيق القانون، ولمّا كان من الثّابت أنّه لا يوجد أيّ دفع من أحد الأطراف بحجيّة الشيء المقضيّ فيه فإنّ قضاة الاستئناف بأخذهم تلقائيّا بهذه القرينة فإنّهم بقضائهم هذا أخطأوا في تطبيق القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه" (نقض مدنيّ، طعن رقم 34931، قرار بتاريخ 30-10-1985م، **المجلّة القضائيّة**، العدد04، 1989م، ص68).

☎✂❑←☺⧫✏✉❀❍←④◆❑ ❀✋☼⬂⑩•✍⧫♓ ✏✏●☺⧫✡✌
✍■❍⬄✉⧫⑩☺✞✏✏)[1] توجب التّسليم للحكم القضائيّ بصرف النّظر عن موضوعه ونوعه, وبغض النّظر عن سبب نزول الآية فإنّ العبرة بعموم اللّفظ لا بخصوص السّبب، كما أنّ نهي النّبيّ ﷺ عن القضاء في المسألة الواحدة بقضائين لم يخصّ نوعا معيّنا من القضاء وهذا نظرا للوحدة الجامعة بين الحكم المدنيّ والحكم الجنائيّ وهي الإخبار عن حكم الشّريعة في المسألة المقضيّ فيها.

بينما يحرص القانون الوضعيّ على التّمييز بين أدلّة الحجيّة في المادّة المدنيّة عنها في المادّة الجزائيّة، وهذا لاعتبارات مختلفة تتعلّق بطبيعة الحكمين المدنيّ والجنائيّ, وارتباط الحجيّة في المادّة الجزائيّة بالحكم النهائيّ خلافا للحجيّة في المادّة المدنيّة التي تثبت للحكم بمجرّد صدوره.

3. لا تكتفي نصوص الشّريعة الإسلاميّة الغرّاء على منهجها القويم بمجرّد الإلزام بالتّسليم للحكم القضائيّ ومنع إعادة بحث ما سبق الفصل فيه كأحكام جافّة لا تُعنى إلاّ بالسّلوك الماديّ للمخاطبين, بل تذهب بعيدا في ربط السّلوك بالضّمير والفعل بالإيمان، يظهر ذلك جليّا في الآية الكريمة في قوله تعالى: (▫⧫⌧•
▤✎✹☹⌼❍ ⚘♍❑⇱✡⧫✌⬃⧫⇱③ ⧫⧫ ⌼⌨⧩■✆◆❻◆❑
▪☠➔⚐ ⬄⚐←♑❑✡⬃❹⧫✆ ⧫❷⌼⬀⌧⅄ ✏✏⌼☺⑩⧫▫ ⌧✇❑←☺⬁✍▥⌼⧫⇱③
♓☯♊◆❷⌼❍ ⬀☠⧩♒⬁❍➔▦☼❑🕮 ☑❼⧩✗ ☎✂❑←⑨⬁♑⧫⑥ ⧫⧫
☎✂❑←☺⧫✏✉❀❍←④◆❑ ❀✋☼⬂⑩•✍⧫♓ ✏✏●☺⧫✡✌
✍■❍⬄✉⧩⑩☺✞✏✏)[2]، فقد نفى النّصّ بالقسم المهيب صفة الإيمان عن الّذين لا يسلّمون للحكم القضائيّ المخبر عن حكم الشّريعة باطنا وظاهرا, ولم يكتف النّصّ بمجرد التّسليم الظّاهريّ للحكم بعدم المنازعة فيه وتنفيذه, بل أوجب للخلوص من عدم الإيمان أن تخلو نفوس المتقاضين من كل حرج وضيق يجدونه في نفوسهم ممّا قضى به الحكم.

وهكذا تجد الحجيّة سندا متينا يؤيّدها ويضمن تحقيق مفاعيله سواء لدى المحكوم له أو عليه, فكلاهما يعتقد أن التّسليم للحكم القضائيّ المخبر عن حكم الشّريعة ليس قيدا يفرضه عليهم القاضي أو النّظام المعتمد في الدّولة, بل هو واجب شرعيّ من قبل الله العزيز الحكيم, الّذي يتشرّفون بالاستجابة لندائه, وتتعاظم أجورهم في الآخرة بالتّسليم لحكمه, فيزهدون عن بحث ما سبق أن فصل الحكم به , ويترفّعون عن تجديد البحث فيه توقّيا من الوقوع في المنهيّ عنه, فتلاقت مصالحهم رغم تناقضها وتناغمت رغم تنافرها لسعي الجميع إلى تحقيق مرضاة الله عزّ وجلّ.

---

(1) **سورة النّساء**، الآية 65.

(2) نفس الآية.

بينما يخلو القانون الوضعيّ من هذا البعد, فغاية ما يسعى إليه في تقرير الحجيّة هو تحقيق المصلحة, وترجيح المصلحة العامّة على الخاصّة بمنع تجدّد الخصومات واستمرارها, ومصالح الخصوم متناقضة, ومصلحة المجتمع في استقرار الأحكام نقيض مصلحة المحكوم عليه, فلا غَرْو أن يسعى بكلّ الوسائل إلى أن يحقّق ما يراه مصلحة ولو على حساب المصلحة العامّة، وربّما تنازل الخصوم عن التّمسّك بحجيّة الحكم القضائيّ والدّفع به رغبة في تحقيق حكم أكثر استجابة لمصالحهم, وفي ذلك إهدار لحجيّة الحكم وسبب لاستمرار المنازعات، ذلك أنّ الإنسان مهما حدّدت له الحدود ووضعت عليه القيود لا يعدم وسيلة يحتال بها على روح القانون ومقاصده, ويدوس بها على المصالح العامّة ليحقّق مصلحته الشّخصيّة.

4. إنّ مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة إنّما تمثّل لبنة في كيان النّظام القضائيّ الإسلاميّ, وهي بدورها تمثّل جزءا من أجزاء النّظام الشّرعيّ الإسلاميّ, لأجل ذلك كانت مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ مقيّدة بأن يكون الحكم القضائيّ متّفقا مع هذا النّظام غير مجاف له, ويظهر ذلك جليّا في أنّ مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ تستند أساسا إلى عدم مخالفته لأحكام الشّريعة القطعيّة الثّابتة بنصوص القرآن والسّنّة ومواضع الإجماع، ذلك أنّ ما يحوزه الحكم القضائيّ من احترام وما يجب له من التّسليم قائم أساسا على كونه مخبرا عن حكم الشّريعة كما يعرّف علماء الشّريعة القضاء به بقولهم: "الإخبار عن الحكم الشّرعيّ على سبيل الإلزام"[1], وحكم الشّريعة مبثوث في مصادرها المعلومة لا كما كان يدّعيه الإنسان في الحضارات القديمة من كون القضاء سرّا إلهيّا في صدور الكهّان، ولهذا فإنّ الحكم القضائيّ متى تنكّب عن نصوص الشّريعة القطعيّة ومواضع الإجماع كان هدرا, ووجب نقضه بإظهار بطلانه, "وهذا لأنّ روح الإسلام وقواعده تأبى أن تعترف بأيّ وضع يتبيّن بأدلّة كافية أنّه باطل, لأنّ الباطل منكر, والمنكر يجب تغييره"[2]

بينما ينظر القانون الوضعيّ للحجيّة على أساس كونها حرمة مانعة من المساس بالأحكام مطلقا, وهو يفتح للمتظلّم مجالا للطّعن في الحكم القضائيّ لاستدراك ما يمكن أن يقع من أخطاء إجرائيّة أو موضوعيّة, إلاّ أنّه متى استنفد الحكم طرق الطّعن أو فوّت مواعيده فإنه يحوز حجيّة مانعة من إعادة نظره ولو كان ما قضى به من النّاحية الموضوعيّة مجافٍ لقواعد القانون وأحكامه, فـــ"في القوانين الوضعيّة لا سبيل إلى إبطال حكم قضائيّ إذا صدر مستوفيا لشروطه من حيث الشّكل، حتّى وإن تبيّن بالدّلائل القطعيّة تنكّبه عن طريق الحقّ"[3].

(1) راجع تعريف القضاء في الشّريعة الإسلاميّة ص 10 من هذا البحث.

(2) محمّد نعيم ياسين، **حجيّة الحكم القضائيّ**... القسم الأوّل، ص135.

(3) نفسه, ص136.

المبحث الثّاني: أساس حجيّة الحكم القضائيّ وعلاقتها بالنّظام العامّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يعتبر القول بحجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ مرتبطا بفلسفة تشريعيّة أو قانونيّة أسهمت في وجودها انطلاقا من الخصوصيّات الّتي نشأت فيها وترعرعت في كلّ نظام على حدة، ونشأ عن ذلك اعتبارها متعلّقة بالنّظام العامّ والّذي يعكس أهميّتها وحدودها في ظلّ النّظامين.

ولهذا كان للتّعرّض لأساس حجيّة الحكم القضائيّ وكذا علاقتها بالنّظام العامّ في كلّ منهما أهميّة خاصّة في استكمال فهم حقيقتها وأهميّتها، وسأتناول ذلك من خلال مطلبين هما:

المطلب الأوّل: أساس حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الثّاني: علاقة حجيّة الحكم القضائيّ بالنّظام العامّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الأوّل: أساس حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

إنّ القول باعتبار فكرة حجيّة الحكم القضائيّ فقها وتشريعا يعود أصلا إلى فلسفة معمّقة في نظر الفقيه أو المشرّع اعتمدها كمنطلق فكريّ لكي يؤسس لهدا المبدأ، ولهذا فإنّه من الملاحظ أنه قد ارتبط تأسيسه في الفقه والتّشريع على السّواء بالإطار الفكري الّذي نشأ فيه هدا الفقه أو التّشريع.

أضف إلى ذلك ارتباط ما يمكن اعتباره نظريّات حول الأساس القانونيّ للحجيّة بمراحل تاريخيّة معيّنة عبّرت عن تصوّر محكوم بعاملي الزّمان والمكان، كما أنّ النّظر إلى أساس الحكم القضائيّ اختلف في المسائل المدنيّة عنه في المسائل الجنائية متأثرا بطبيعة الموضوع خاصة في القانون الوضعيّ.

ولقد تنوّع النّظر إلى هذا الأساس سواء في الشّريعة الإسلاميّة أو القانون الوضعيّ بين دفتي الحقيقة والعدالة من جهة، والمصلحة من جهة أخرى، ممّا جعلهما يلتقيان أحيانا في رسم المعالم الكبرى لأساس الحجيّة معبرين عن وحدة الفكر الإنسانيّ في منطلقات القانون التّشريعي، ثم يعودان فيفترقان في طريقة اعتبار هذا الأساس وآثاره نظرا لاختلاف منابع كل اتجاه وروافده .

ولهذا كان من الضروري جدا لفهم فكرة حجيّة الحكم القضائيّ إدراك الأساس الذي قامت عليه، والإطار النظريّ الّذي نشأت فيه لما لهذا الإدراك من ارتباط بالنّظر إلى الحجيّة من حيث طبيعتها ومن حيث الآثار المترتبة على اعتبارها، وقد تناولت هدا المطلب في فرعين هما:

الفرع الأوّل: أساس حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

الفرع الثّاني: أساس حجيّة الحكم القضائيّ في القانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: أساس حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

ليس في كتب الفقه الإسلاميّ تصريح بحجيّة الحكم القضائيّ، إلاّ أن وجودها قد تقرّر بما سبق بيانه، ولهذا فلا وجود لتصريح بأساسها رغم أنّه يمكن تلمس اتّجاهات المشتغلين بالفقه والقضاء حول الأساس الذي بنوا عليه الآثار المرتبطة بوجوده في فقههم وقضائهم.

وقد بدا لي أنّ مذاهبهم في أساس حجيّة الحكم القضائيّ يمكن تلخيصها في اتّجاهين أساسين، اتّجاه يعتبر أنّ ما يتمتّع به الحكم القضائيّ من حصانة راجع إلى المصلحة، سواء أكانت مصلحة الحكم ذاته، أم مصلحة المتقاضين، أم مصلحة جهاز القضاء، وكل ذلك عائد إلى مصلحة عامّة عائدة لكلّ المجتمع، واتّجاه يعتبر أنّ القاضي نائب عن المشرّع في أعيان المسائل، وهذا لأنّ اجتهاده في المسألة وحكمه فيها عَلَم على إرادة الشّارع الحكيم الحُكْمَ فيها بذلك.

أوّلا: اتّجاه التّعليل بالمصلحة.

سبق أن أشرت عند الحديث عن مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة إلى أنّ بعض المقاصد المراعاة في القضاء تعتبر سندا للقول بحجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة، وقد تضافرت أقوال الفقهاء في التّعليل لآثار الحجيّة بكون ذلك مؤسسا على تحقيق المصلحة، ممّا يعدّ مؤشّرا واضحا على أنّ غالب الفقه الإسلاميّ يتّجه إلى اعتبار أنّ أساس القول بالحجيّة هو المصلحة، دون تمييز بين قضاء المعاملات (القضاء المدنيّ) وقضاء الحدود والتّعازير (القانون الجنائي).

وقد حاولت أن أرصد جملة من أقوال الفقهاء الأعلام وآرائهم للتّدليل على أنّهم كانوا يعلّلون آثار الحجيّة بما في ذلك من مصلحة، من ذلك أنّهم علّلوا وجوب الإذعان والتّسليم للحكم القضائي بالنفع الحاصل من هذا الإذعان، فقد ورد في رسالة عمر رضي الله عنه في القضاء قوله: **"فإنه لا ينفع تكلم بحقّ لا نفاذ له"**[1]، فقد جعل أساس نفاذ الحكم هو ما يتضمنه من حصول نفع، كما سبقت الإشارة إلى أنّ تعريف القضاء ذاته تضمّن مقصد فصل الخصومة والمنازعة، وهو وان كان أثرا للحجيّة، فهو كذلك مقصد لأجله كان الحكم القضائيّ متضمّنا معنى الفصل والبتّ فيما يعرض على القضاء.

كما علّلوا قولهم بعدم رجوع القاضي عن قضائه، وعدم نقضه قضاء غيره بما في هذا الرّجوع من ضرر، وما في الامتناع عنه من مصلحة، من ذلك ما جاء في كتاب معين الحكّام "ويحمل القضاء على الصحّة ما لم يتبيّن الجور وفي التعرّض لذلك ضرر بالنّاس ووهن بالقضاء...فإنّ القاضي لا يخلو من أعداء يرمونه بالجوْر فإذا مات أو عزل قاموا يريدون الانتقام منه بنقض أحكامه فلا ينبغي للسّلطان أن يمكّنهم من ذلك"[2]، ولهذا وجدهم يرون عدم نقض أحكام من لا يصلح للقضاء بفقد شروطه إذا وافق قضاؤه الصواب، قال المرداوي[3]: "وعليه العمل من مدّة طويلة [يقصد قضاء المقلّد] وإلاّ تعطّلت الأحكام"[4]، وعلّل ابن قدامة هدا الرأي بقوله: "ولا ينقض ما وافق الصواب لعدم الفائدة في نقضه، فإنّ الحق وصل إلى مستحقه"[5]، فقد جعل وصول الحق إلى مستحقيه في الحكم الموافق للصّواب علّة لعدم الرّجوع عنه ولو كان صادرا ممّن ليس أهلا للقضاء.

---

(1) سبق تخريجه في ص 33 من هذا البحث.

(2) الطّرابلسيّ، ص30، وقال البهوتي: "ويحرم أن ينقض من حكم قاض صالح للقضاء شيئا لئلاّ يؤدّي إلى نقض الحكم بمثلــه وإلى ألاّ يثبت حكم أصلا" (**شرح منتهى الإرادات**، ج3ص478)

(3) هو علاء الدّين أبو الحسن عليّ بن سليمان بن أحمد بن محمّد السّعدي، من أعلام الحنابلة وفقهائها، توفّي بدمشق سنة 885 هجريّــة (انظر: ابن العماد الحنبليّ، **شذرات الذّهب**...ج7ص340)

(4) **الإنصاف**...ج11ص178.

(5) **المغني**، ج11ص407.

وكذلك ما برّروا به عدم جواز تعقب القاضي لقضاء من سبقه، وعدم جواز البحث فيه بأنّه يتتبّع قدحا في القضاة يتوجه عليه مثله، ولأنّه لو تعقّب قضاء من سبقه لكان متشاغلا بماض لم يلزمه عن مستقبل واجب عليه، وأنّه يتتبّع قدحا في القضاة يتوجّه عليه مثله[1]، فجعلوا مضرّة ما يتوجّه على القضاة من قدح، بما في ذلك من مسّ لحرمة القضاء وأحكامه وهيبته بين الناس علّة لترك تعقّب الحكم القضائيّ.

ولأجل ما يجب أن يحظى به الحكم القضائيّ من حرمة وحصانة فقد احتاطوا أيّما احتياط للقائم عليه وهو القاضي، فمنعوا ما يمكن أن يكون فيه ابتذال لهدا المنصب وهذه الوظيفة، فقالوا: "إذا تظلّم أحد إلى القاضي من الّذي سبقه بأنّه حكم عليه ظلما فلا يُستحضر الأوّل إلاّ إذا أقام المتظلّم البيّنة على دعواه صيانة لولاة المسلمين عن البذلة"[2]، وإذا استدعي القاضي المتعقب فيصدّق بلا يمين إن أنكر فيما لم تقم فيه ببينة، لأنّه أمين الشّرع فيُصان عن الحلف والابتذال[3].

ثانيا: اتّجاه التّعليل بنيابة القاضي عن المشرّع.

ذهب هذا الاتّجاه إلى حدّ اعتبار القاضي نائبا عن الله تعالى في الحكم في المسألة المعروضة على القضاء، واعتبر حكم القضاء بمثابة نصّ من الله تعالى ورد خاصّ بتلك الواقعة المحكوم فيها، وقد سبق أن أشرت في تعريف الحكم القضائيّ عند القرافي أنّه اعتبره إنشاء إذا صادف محلاّ مجتهدا فيه، وأنّ حكمه في أعيان المسائل بأحد قولين من اجتهاد الفقهاء يعتبر بمثابة حكم من الله تعالى ورد بخصوص المسألة المعروضة، ويكون منهيا للمنازعة فيه.

قال القرافي: "إنّ الله تعالى لّما جعل للحكّام أن يحكموا في مسائل الاجتهاد بأحد القولين، فإذا حكموا بأحدها كان ذلك حكما من الله تعالى في تلك الواقعة، وإخبار الحاكم بأنه حكم فيها كنصّ من الله عزّ وجلّ ورد خاصّ بتلك الواقعة معارض لدليل المخالف لما حكم به الحاكم في تلك الواقعة"[4].

وحتّى يتّضح بجلاء موقف القرافي في تأسيس حرمة الحكم القضائيّ، وتحديد مجال هذه الحصانة وشروط تطبيقها، فإنّه من الضّروري بيان أنّ القرافي لا يعتبر حكما قضائيّا إلاّ ما صدر في مسائل الاجتهاد، فإنّ الحكم القضائي في غير مسائل الاجتهاد إما أن يكون موافقا للإجماع، وهو بهذا لا يتضمن إنشاء، بل مجرّد

---

(1) انظر: الماورديّ، **الحاوي**...ج20ص242؛ الشّيرازي، **المهذّب**...ج2ص297؛ ابن قدامة، **المغني**، ج11ص407.

(2) الماوردي، نفسه، ج 20 ص242-243.

(3) انظر: الماوردي، نفسه؛ الشيرازي، نفسه

(4) **الإحكام**... ص65.

كشف لحكم الشّريعة، بل هو محض إخبار وتنفيذ[1]، وليس معدودا في نطاق الحكم القضائيّ ابتداء، وأولى منه ما ورد به النصّ الصّريح، وإمّا أن يكون مخالفا للإجماع، وهو بهذا حكم باطل لا يعتدّ به، وبالتّالي فليس معدودا هو أيضا في نطاق الحكم القضائيّ، وكذلك الخلاف الضعيف فلا عبرة به عنده، وينقض[2].

كما أنّ القرافي قصر مجال هذه الحرمة بما كان فصلا في مصالح الدنيا المتنازع فيها، إذ أنّ مصالح الآخرة–مجال العبادة– لا يمكن أن تكون موضوع حكم قضائيّ في نظره، بل هي مجرد فتيا. قال: "واعلم أنّ العبادات كلّها على الإطلاق لا يدخلها الحكم البتّة، بل الفتيا فقط"[3].

فخلص ممّا تقدّم أنّ القاضي في وجهة نظر القرافي يكون نائبا عن الله تعالى في أعيان الأحكام إذا كان حكمه اجتهادا– لم يوافق إجماعا و لم يخالفه– وكان حكمه فاصلا في مصالح الدنيا المتنازع فيها.

وقد ارتقى القرافي بالحكم القضائيّ مرتقى عجيبا حتّى جعله في مصفّ النصّ الخاصّ الوارد من الله تعالى، وقد علّل قوله هذا بأن الله جعل لهم أن يحكموا في مسائل الاجتهاد بأحد القولين، وكأنّه رأى أن الله تعالى قد فوّض للقضاة أن يوقّعوا عنه الأحكام القضائية، ويقرّروا باسمه ما يرونه صوابا، وجعل حكمهم نصّا خاصا معارضا لدليل المخالف لما حكم به الحاكم في تلك الواقعة.

ويترتب عن هذا بطبيعة الحال:

أ- ضرورة التّسليم للحكم القضائيّ تسليما كاملا لأنّه حكم الله في المسألة.

ب- عدم جواز رجوع القاضي المنشئ للحكم –في نظره – أو غيره عن هذا الحكم، لأنّه أصبح باعتباره نصّا ملزما للجميع.

ج- عدم جواز الطّعن في الحكم القضائيّ البتّة لأنّه طعن في حكم الله تعالى.

د- صلاحيّة الحكم القضائيّ بمجرد صدوره لكي تُؤسَّس عليه دعوى جديدة تستند عليه، أو دفوع لدعاوى تريد استئناف المنازعة.

وبغض النّظر عن مناقشة القرافي في اختياره هذا، فإنّ كلامه يجعل الحكم القضائي يرقى إلى مرتبة القدسيّة، ويستند فيه الحكم القضائيّ إلى ما يستند إليه الحكم الشرعيّ من مكنة وسلطة، إذ كلاهما في نظره وارد بنصّ من الله تعالى، أحدهما– أي الحكم الشرعيّ– وارد مباشر بنصّ صريح من الله تعالى، والثّاني– أي الحكم القضائي– وارد بشكل غير مباشر بمقتضى الإنابة الممنوحة للقاضي من الله تعالى في مسائل الاجتهاد.

(1) انظر: **الفروق**، ج4 ص94.

(2) انظر: **الإحكام**...ص3.

(3) **الفروق**، نفسه.

ويبقى أن أشير في نهاية عرض الاتّجاهين أنّه رغم ما في مذهب القرافي من سند قويّ للحجيّة كمل تبيّن فإنّه لا يمكن التعويل عليه بالنّظر إلى أنّ القاضي مهما أوتي من علم واستقامة لا يخلو حاله من أن يكون بشرا يعصف به القصور وتتهدده الأهواء، وهو إنّما يجتهد في الإخبار عن الحكم الشرعيّ ولم يُبعث نبيّا ولا رسولا[1].

الفرع الثّاني: أساس حجية الحكم القضائيّ في القانون الوضعيّ.

لقد كان لتطوّر الفقه القانونيّ والنّظريات المختلفة المتعلّقة بالدّعوى والحكم القضائيّ بالغ الأثر في تحديد الأساس القانونيّ لحجية الحكم القضائي بحيث عبّرت الرؤى المختلفة لأساس حجيّة الحكم القضائي عن مراحل تاريخيّة وتطوّرا معيّنا شهده الفقه القانونيّ حول الحكم القضائيّ وما يتعلق به، وبغضّ النّظر عن التباين الظّاهريّ في التّأسيس لحجيّة الحكم القضائيّ بين المادّة المدنيّة والمادّة الجزائيّة فإنّ التوجّهات المحدّدة له تكاد تكون واحدة في الاثنتين.

ولهذا سأحاول أن أتعرّض هنا للنّظريات المؤسّسة للحجيّة في المادة المدنيّة أوّلا، ثمّ في المادّة الجزائيّة، ثمّ أختم الحديث ببيان التوجّهات المؤسسة للحجيّة في المادّتين تمهيدا للمقارنة بينها وبين اتّجاهي التّأسيس لها في الشّريعة الإسلاميّة.

أوّلا: أساس حجية الحكم القضائي في المادة المدنيّة.

تتلخّص النّظريّات المؤسّسة لحجيّة الحكم القضائيّ في المادّة المدنيّة في نظريّات متعدّدة هي[2]:

1. نظريّة العقد القضائيّ. يرى أصحاب النّظرية أنّ الحكم القضائيّ هو نتيجة لعقد أو شبه عقد بين أطراف الخصومة القضائيّة، يلتزمون بموجبه مسبقا بقبول حكم القاضي الصّادر في الخصومة، سواء جاء مُرضيا لهم جميعا أو لبعضهم أو لم يرض أحدا منهم[3]، فيكون ما يتمتّع به الحكم من حجيّة بين الخصوم، وما يبذله له المقضيّ بينهم من احترام نتيجة طبيعيّة لما ترتّب عليهم من التزام بمقتضى العقد.

---

(1) وقد علّق عليه شارحه ابن الشّاط بقوله: "لا كلام أشدّ فسادا من كلامه في هذا الفصل، وكيف يكون إنشاء الحاكم الحكم في مواقع الخلاف نصّا خاصّا من قِبل الله تعالى؟ وقد قال النبيّ ﷺ: **"إذا اجتهد أحدكم فأصاب فله أجران، وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر واحد"** وكيف يصحّ الخطأ فيما فيه النصّ من قبل الله تعالى؟ هذا كلام بيّن الخطأ بلا شك فيه" (**إدرار الشروق**...ج4ص97).

(2) انظر: فتحي والي، **مبادئ قانون القضاء المدنيّ**، ص305-308؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ وقوّتــه**.. ص19-21؛ بكوش يحيى، **أدلّة الإثبات**...ص376

(3) انظر: عبد الحكم فوده، نفسه، ص 19؛ بكوش يحيى، نفسه.

وهذه النّظريّة تفسّر نسبيّة الحجيّة، حيث أنّ الحكم القضائيّ لا يمكن الدّفع بحجيّته إلاّ من طرف ذات الخصوم، إلاّ أنّه يوجّه إلى هذه النّظريّة جملة انتقادات ملخصها أنّ الحكم القضائيّ يكون ناشئا عن مطالبة قضائيّة، ودعوى يرفعها عادة بعض الخصوم، فالقول باعتباره ناشئا عن عقد أو شبه عقد افتراض بعيد عن الواقع، إذ الأصل أنّ ولاية القضاء تجمع النّظر في كافّة الخصومات، وأنّه ليس للأفراد أن يعيّنوا من يقضي بينهم، إذ هي إحدى وظائف الدّولة، ويعدّ التّحكيم الصّورة الوحيدة الّتي يستغني بها الأفراد عن قضاء الدّولة[1]، ولهذا فقد أصبحت هذه النظرية محل هجر من الشرّاح.

كما أنّ هذه النظريّة تبقى عاجزة عن تفسير شمول حجيّة الحكم للقاضي الذي أصدره، وغيره من القضاة، بحيث لا يجوز لهم أن ينظروا النّزاع مرّة أخرى ، ويلزمهم ترتيب آثاره عليه، رغم أنّهم لم يكونوا طرفا في العقد أو شبه العقد المفترض[2]، كما أنّ ما تقوم عليه النّظريّة من افتراض عقد بين الخصوم يمنح لهؤلاء الأطراف حقّ تعديل الالتزامات أو إلغائها باتّفاق جديد يتمّ بينهم، وهو مالا يمنح لأطراف الخصوم حال تعلّق الحجيّة بالنّظام العام.

2. نظريّة الحقيقة. يرى أصحاب هذه النّظرية أنّ الحكم القضائيّ هو عنوان الحقيقة والصحّة، بحيث أنّ ما يقرّره يعبّر عن الواقع بصدق أو يبيّن الواجب كما يحدّده القانون، فالحقيقة القضائيّة والحقيقة الواقعيّة متطابقتان. وهو افتراض يقوم على الرّاجح الغالب من حال الحكم القضائيّ، وما يفترضه سير القضاة على تطبيق القانون والنّزاهة في تمحيص الوقائع والعدل في الحكم، وهو افتراض لا ينخرم بأفراد الوقائع التي لا يصيب فيها الحكم القضائيّ الحقيقة الواقعيّة[3].

وسواء اعتبرنا الحجيّة قرينة قانونيّة أو قاعدة موضوعيّة فإنّ كلا التكيفين قائم على ترجيح الغالب من أحوال الحكم القضائيّ وهو مطابقته للحقيقة، فصحّ أن يُجعل كلاهما تفصيلا لنظريّة الحقيقة[4].

ويوجّه إلى هذه النّظرية انتقاد مفاده أنّ الحكم القضائيّ ما دام يفترض إصابته للحقيقة، فإنه يكون من اللاّزم أن يكون حجّة على الكافّة لا مجرد أطراف الخصومة، وهو عكس الواقع في الفقه والتّشريع[5]، كما أنّها

---

(1) انظر: فتحي والي، **مبادئ قانون القضاء المدنيّ**، ص41، ويُعرّف التّحكيم بأنّه "الاتّفاق على طرح النّزاع على أشخاص معينين يسمّون محكّمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصّة به" (أحمد مليجي، **تحديد نطاق الولاية القضائيّة**... ص205).

(2) انظر: فتحي والي، **قانون القضاء المدنيّ**، ج1ص306.

(3) انظر: السّنهوريّ، **الوسيط**...ج2ص 640-642؛ فتحي والي، نفسه ، ج1ص307.

(4) راجع المقارنة بين التّكيفين: إدوار غالي الذّهبيّ، **حجية الحكم الجنائيّ**...ص 61- 62؛ أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص719-720.

(5) **انظر**: فتحي والي، نفسه، ج1ص308.

مقالة تنخرم بأفراد الأحكام التي تكون مناقضة للحقيقة، كما أنّ سلطات القاضي المدنيّ في فضّ النّزاع بين أطراف الخصومة محدودة، ويقتصر دوره على ترجيح أدلة الإثبات المقدّمة من الخصوم.

3. نظريّة القوّة المنشئة. يرى أصحاب النّظريّة أنّ أساس حجيّة الحكم القضائيّ هو قدرته على إنشاء مراكز قانونيّة وتغييرها، ولهذا فإنّه في حالة عدم عدالته ينتج واقعة قانونيّة موضوعيّة جديدة بدلا عن الرّابطة القانونيّة السّابقة[1].

ويوجّه إلى هذه النّظريّة انتقاد مفاد اشتغالها بحالة عدم عدالة الحكم القضائيّ عن حالة عدالته رغم أنّ الحجيّة تنصرف إليه ابتداء ومن باب أولى، كما أنّ طائفة الأحكام القضائيّة الكاشفة لا تتناسب مع مفترضات هذه النّظريّة[2].

4. نظريّة الحماية القضائيّة (الحماية القانونيّة). يرى أصحاب هذه النّظرية أنّ القضاء لّما كان يطبق القانون في أعيان القضايا فإنّه يمنح حماية قضائيّة لأحكامه تستمدّ مما يتمتع به القانون من حماية وواجب احترام، ولهذا فلو افترضنا عدم تمتّع الحكم القضائيّ بالحجيّة وهو القائم على تنزيل نصوص القانون على الواقع فإن هذا يمسّ بما يجب للقانون من احترام وسلطان، وهذا الاتّجاه يفسّر اقتصار الحجيّة على الأعمال القضائيّة التي تمنح الحماية القضائيّة دون غيرها، كما يفسّر اقتصار الحجيّة على أطراف الدّعوى، لأنّ الحماية القضائيّة الممنوحة بالحكم إنّما منحت لطرف في مواجهة آخر[3].

ويوجّه لهذه النّظريّة انتقاد مفاده أنّ هذه الحماية تكون عرضة لعدم الاعتبار حال الطّعن في الحكم وإلغائه بناء على ذلك.

5. نظريّة التّشريع الخاصّ. يرى أصحاب هذه النّظريّة أنّ أساس حجيّة الحكم القضائيّ هو في كونه تشريعا خاصّا في المسألة المقضيّ فيها، بحيث يتمتّع بقوّة القانون الّذي يتولّى تطبيقه، فالأمر القانونيّ الّذي تتضمّنه القاعدة القانونيّة غير كافّ إلاّ بتحويله إلى أمر قانونيّ خاصّ متمثّلا في الحكم القضائيّ.

وانتُقد هذا الاتّجاه بأنّه يترتّب عنه اعتبار الحكم القضائيّ ناسخا للقاعدة القانونيّة في المسألة المفصول فيها بينما لا يعدو أن يكون تطبيقا لها، إضافة إلى أنّه يخلط بين وظيفة القاضي ووظيفة المشرّع.

6. نظريّة المصلحة الاجتماعيّة. يرى أصحاب هده النّظرية أنّه يمكن التّأسيس للقول بحجيّة الحكم القضائيّ بما تحققه من منافع ومصالح اجتماعيّة، بحيث اعتبروا أنّ هده الأخيرة هي المبرّرات الحقيقيّة

(1) انظر: فتحي والي، **قانون القضاء المدنيّ**، ج1ص306.

(2) نفسه.

(3) نفسه، ج1ص308.

للقول بحجيّة الحكم القضائي، وأظهرها استقرار الأوضاع والعلاقات الاجتماعيّة، منع تجدد النزاع ومنع تضارب الأحكام[1].

ويوجّه إلى هذه النّظريّة انتقاد مفاده أنّ اعتماد القول بأنّ الحجيّة تثبت للحكم القضائيّ بمجرّد صدوره، وأنّها لا تتصادم مع حق الأطراف في الطّعن في الحكم، وأنّه لا يكون له قوة تنفيذيّة إلا إذا حاز قوّة الأمر المقضيّ لا مجرد حجيّته. فإنّ المصلحة الأولى وهي استقرار الأوضاع والعلاقات الاجتماعيّة لا يمكن اعتبارها أساسا للحجيّة لأنّ تحديد هذه المراكز واستقرارها مرهون بحيازة الحكم للقوّة التنفيذية، وتنفيذه فعلا لا بمجرّد حيازته للحجيّة.

الاختيار: بالنّظر إلى ما سبق ذكره من انتقادات وجّهت للنظريّات المذكورة، فإنّ يمكن استبعاد نظريّة العقد القضائيّ ونظريّة الحماية القانونيّة ونظريّة القوّة المنشئة، لأنّه يبدو من الواضح أنّه لا يعوّل عليها في التّأسيس لحجيّة الحكم القضائيّ، فإنّ الأولى تقوم على افتراض عقد غير موجود ولا تفسّر ما يتّصل بالحجيّة من آثار، كما أنّ الثّانية تجافي واقع الأحكام وتتجاهل نسبيّة الحجيّة ومحدوديّة سلطة القاضي المدنيّ، ولا تعدو أن تكون نظريّة الحماية القانونيّة تفسيرا للحجيّة باعتبارها تطبيقا للقانون ولا تبحث في الأساس الفكريّ لتقرير الحجيّة، بينما شغلت نظريّة القوّة المنشئة نفسها بتفسير الحكم المنشئ غير العادل وتجاهلت الأحكام الكاشفة والعادلة.

فتلخّص لي القول في نظريات ثلاث، هي نظريّة الحقيقة ونظريّة التّشريع الخاصّ ونظريّة المصلحة الاجتماعيّة، فأمّا نظريّة التّشريع الخاصّ فرغم أنّها تتّجه مباشرة إلى إيجاد تصوّر شامل لأساس الحجيّة في سائر الأحكام القضائيّة وتفترض انتصاب القاضي كمشرّع في المسألة المحكوم فيها ولا تعارضها نسبيّة حجيّة الأحكام لأنّها أساسا تشريع خاصّ إلاّ أنّها تبدو مستهجنة في خلطها بين الوظيفتين التشريعيّة والقضائيّة، وتبدو نظريّة الحقيقة القانونيّة أكثر معقوليّة لأنّها افتراض لا ينخرم بأفراد الوقائع المخالفة للحقيقة، وهو ما يلزم حمل الحكم القضائيّ عليه ابتداء، وأظهر منهما نظريّة المصلحة الاجتماعيّة والّتي تجعل المبرّر الحقيقيّ للقول بالحجيّة هو ما يترتّب من مصالح ومنافع[2]، لأنّه المبرّر الحقيقيّ لتقريرها، أمّا كون استقرار الأوضاع

---

(1) انظر: بكوش يحيى، **أدلّة الإثبات**...ص376.

(2) تقول ناتالي فريسيرو: "إنّ دور القاضي يتمثّل في إنهاء حالة النّزاع بشكل نهائيّ لضمان استقرار الأوضاع القانونيّة المنشئة أو المقرّرة من طرف الحكم القضائيّ، ولهذا كان يجب منع إعادة طرح الحلّ المعطى بشكل غير متناه للمناقشة، سواء أأصاب القاضي الحقيقة أم لا"

«la mission du juge reste certainement de mettre fin à une situation conflictuelle de façon définitive: pour assurer la stabilité de la situation juridique criée ou constatée par la décision juridictionnelle , il faut donc éviter une possibilité de remise en question infinie de la solution donnée, que le juge ait dit la vérité ou non» (Natalie FRICERO, *op. cit.*, p.909)

والعلاقات الاجتماعيّة فهو وإن كان مرهونا بالقوّة التنفيذيّة للحكم والّتي ترتبط بدورها بقوّة الأمر المقضيّ لا حجيّته، فإنّ دور الحجيّة في منع تجديد الخصومة حول تلك الأوضاع والعلاقات يعتبر دليلا كافيا على عدم صواب النّقد، كما أنّ تنفيذ الأحكام فعلا لا ينتج عن مجرّد إصدار الأحكام أو اكتسابها للقوّة التنفيذيّة.

ويجد باعثا منع تجديد النّزاع ومنع تضارب الأحكام تبريرا كافيا لاعتمادهما كأساس للقول بالحجية لأنّه بمجرّد صدور الحكم وحيازته للحجيّة يمتنع القضاة عن التّعرض للحكم بالتّغيير والتّعديل، وكذا يمتنع الخصوم عن تجديد النّزاع برفع دعوى مبتدأة بين نفس الأطراف ولنفس السّبب والموضوع، وبالتالي لا يقع تضارب أحكام القضاة والمحاكم، فجاز اعتماد هاتين المصلحتين كباعث ومبرّر للقول بحجيّة الحكم، وسمحت نظريّة الدّعوى باعتبارها الصّلاحية القانونية للتّقاضي باعتماد هذا القول، وهي صلاحية لا تستعمل إلا لمرّة واحدة لنفس النزاع وبين نفس الخصوم ولذات السّبب، وبالتالي فإنّ استنفاد هاته الصّلاحية أو انتهاؤها يمنع أطرافها من تجديدها، فلا تنشأ أحكام متضاربة، فيكون ذلك سندا للقول بحجيّة الحكم القضائيّ.

فيترجّح أنّ الأساس الحقيقيّ للحجيّة إنّما هو المصلحة الفرديّة والجماعيّة الّتي أنيط بها تحقيقها، والّذي يقوم على اعتبارين هما: وضع حدّ للمنازعات، تجنّب تناقض الأحكام[1].

الاعتبار الأوّل: وضع حدّ للمنازعات، بحيث لا يجوز للمحكوم عليه أن يعيد طرح النّزاع على القضاء بدعوى جديدة لاحتمال أن يحصل على حكم لمصلحته يجعل الطّرف الآخر يجدّد النّزاع بدعوى أخرى، وهكذا تتأبّد المنازعات.

الاعتبار الثّاني: منع تناقض الأحكام، إذ أنّ تجديد الدّعوى يفتح الباب للأحكام المتعارضة والمتناقضة، وهو ما يغضّ من كرامة القضاء وهيبته.

بل إنّ هناك مصالح أخرى تحقّقها الحجيّة وهي أساس تقريرها ولو بشكل ثانويّ كتوفير وقت القضاة وجهدهم، وقبل هذا احترامهم باحترام ما يصدر عنهم من أحكام، إضافة إلى أنّ تقرير الحجيّة إذ يمنع من تجديد المنازعة يقلّل مصاريف الأطراف ويوفّر عليهم الجهد والوقت.

---

(1) انظر: أحمد السيّد صاوي، **الشّروط الموضوعيّة**...ص7؛ السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص638؛ توفيق حسن فرج، **قواعد الإثبات في المواد المدنيّة والتّجاريّة**، منشورات الحلبي الحقوقيّة، 2003م، ص226-227، وقد ورد في المذكّرة الإيضاحيّة لقانون الإثبات المصري في تبرير جعل الحجيّة من النّظام العامّ عبارة "عملا على استقرار الحقوق لأصحابها ومنعا لتضارب الأحكام نصّ المشروع في المادّة 101 منه المقابلة للمادّة 405 من القانون المدنيّ القائمة على تعلّق حجيّة الأمر المقضيّ بالنّظام العامّ فإنّ هذه الحجيّة تقوم في المسائل المدنيّة على ما يفرضه القانون من صحّة مطلقة في حكم القضاء رعاية لحسن سير العدالة واتّقاء لتأبيد المنازعات وضمانا للاستقرار الاقتصاديّ والاجتماعيّ..."

ويختلط أحيانا الحديث عن طبيعة حجيّة الحكم القضائيّ مع أساسها، ممّا يجعل بعض الباحثين يعتبر القول بكون الحجيّة قرينة قانونيّة أو قاعدة موضوعيّة نظريتين في التّأسيس للحجيّة[1]، وهذا في تقديري غير صحيح، لأنّ اعتبارهما نظريتين إنّما يصح بالنّظر إلى طبيعة الحجيّة لا أساسها، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك في تعريف الحجيّة[2].

وإنّما الّذي دفع إلى ذلك الارتباط الوثيق بين طبيعة الحجيّة وأساسها هو دلالة القرينة القانونيّة أو القاعدة الموضوعيّة على الحقيقة، إلا أنّ هذا لا يرقى إلى أن يفسّر المبرّرات التي دفعت إلى القول بحجيّة الحكم القضائيّ وهو معنى الأساس، إذ في اعتبار الحجيّة قرينة قانونية جرّ إلى الحديث عن الطبيعة الإثباتية للحكم القضائيّ، من حيث الاحتجاج به كقاعدة للإثبات أو بصفة أدقّ وسيلة لنقل عبء الإثبات، وهو ما نصّت عليه المادّة 337 من القانون المدنيّ الجزائريّ إذ نصّت على أنّ "القرينة القانونيّة تغني من تقرّرت لمصلحته عن أيّة طريقة أخرى من طرق الإثبات"، كما أنّ في اعتبار الحجيّة قاعدة موضوعيّة جرّ إلى الحديث عن الطبيعة القانونيّة لها من حيث كونها قاعدة قانونية آمرة يستتر فيها السّبب وتتوارى علّة وضعها وراء النصّ، وكلا الاعتبارين لا يفسّر مبرّرات القول بالحجيّة، خاصّة في ظلّ التردّدات الفقهية حول التّمييز بين القرينة القانونيّة والقاعدة الموضوعيّة.

ثانيا: أساس حجيّة الحكم القضائيّ في المادة الجزائية.

الحديث عن أساس حجيّة الحكم القضائيّ في المادة الجزائية يرتبط ارتباطا قويا بمبدأ عدم جواز متابعة الشّخص على فعل واحد مرتين، ذلك أنّ القول بحجيّة الحكم الجنائيّ يتضمّن إضفاء حصانة على هذا الحكم تمنح الشّخص حق عدم متابعته مرة ثانية على فعل واحد، إلا أنها تمنعه من الطّعن في الحكم إلاّ بالطّرق المحدّدة قانونا وبآجالها المحدّدة، وكذا تمنع القضاة بعد صدوره من إعادة بحث موضوع التّهمة المتابع بها ذات المتّهم ومن المساس بالحكم بتغيير أو تبديل، وتمنح حق التّمسك به في دعاوى جديدة، كأن يتمسّك بالحكم الجنائيّ أمام القضاء المدنيّ.

ومبرّر اعتماد القول بحجيّة الحكم الجنائيّ إمّا عائد إلى ما فيه من حماية للحريّة الفرديّة للشّخص المتابع، وإمّا إلى ما يتحقق من مصلحة اجتماعيّة، وهو ما يدعوني إلى التّعرض إلى هدين المبرّرين فيما يلي:

---

(1) انظر: إدوار غالي الذهبيّ. **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص58-65، بينما لم يتردّد أحمد أبو الوفا في بيان أنّ هذا الاختلاف إنّما هـو في ماهية الحجيّة وتكييفها، وختم حديثه بقوله: "ومن ثم لا نرى فائدة عملية قد تنتج وتجنى من التمييز المتقدم" (**نظريّة الأحكام**... ص719).

(2) انظر: ص 43-45 من هذا البحث.

1. ضمان الحريّة للشّخص المتابع. ذلك أنّ القول بحجيّة الحكم الجنائيّ إنما نشأ أوّل ما نشأ دفاعا عن الحريّة الفرديّة للمتّهم في مواجهة ما يملكه المجتمع ممثلا في أجهزة القضاء من حقّه في متابعة الأشخاص الجانحين عن النّظام الاجتماعي، خاصّة مع تنامي موجة التّأصيل والدّفاع عن الحقوق الأساسيّة للأفراد.

فإنّ من حقّ الفرد أن يأمن على نفسه من المتابعة والحكم بالعقوبة على فعل ما دام قد صدر بشأنه في دلك الفعل حكم بالبراءة، أو أعفى عن المتابعة، وهذا ما دلّت عليه المادّة 2/311 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائرية حيث تنصّ على أنّه "لا يجوز أن يعاد أخذ شخص قد برىء قانونا، أو اتّهامه بسب الوقائع نفسها حتى ولو صيغت بتكييف مختلف".

ورغم أن المشرّع الجزائريّ قد أورد هده المادّة ضمن الأحكام الخاصّة بمحكمة الجنايات، غير أن اجتهاد المحكمة العليا عمّم تطبيق هدا النصّ على كل أنواع الجرائم مهما كان وصفها (جناية،جنحة، مخالفة) حيث قضت المحكمة العليا بنقض وإبطال القرار المطروح فيه والقاضي بإدانة الشخص بعام حبس نافذ من أجل جنحة إصدار شيك بدون رصيد لأنّ المتّهم سبق له أن أدين وحكم عليه على نفس الوقائع وبناء على نفس الشّيك استنادا على قاعدة عدم جواز إدانة المتهم على نفس الواقعة مرتين[1].

2. تحقيق المصلحة الاجتماعيّة. يجد أساس تحقيق المصلحة الاجتماعيّة باعتماد حجيّة الحكم القضائيّ في المادّة الجزائية مبرّره وسنده القويّ بالنّظر إلى أنّ هدف تشريع العقوبة الأساسيّ هو حفظ المصلحة العامّة وحماية المجتمع من المجرمين، فإن مصلحة المجتمع واستقرار نظامه الاجتماعيّ كما هو رهين تطبيق العقوبة، وعدم إفلات المجرمين، فهو كذلك رهين المحافظة على المراكز القانونيّة الناشئة عن الأحكام القضائيّة سواء أكانت قاضية بالإدانة أو بالبراءة، لأنّ في استقرار هذه المراكز بسط لسلطان المجتمع على الأفراد، وحفظ للنظام الاجتماعيّ وتحقيق لما يلزم سلطة القضاء من مهابة واحترام، وفي تجديد الدّعوى من النّيابة العامّة أو المتّهم غير المتناهي هدر لهيبة القضاء، خاصّة وأنّ القانون قد ضمن مراقبة العمل القضائيّ بطرق الطّعن.

خلاصة لهذا الفرع فإنّ المتأمّل في الاتّجاهات المختلفة في بيان أساس حجية الحكم القضائي في المادّة المدنية يخلص إلى أنّها تتمحور حول اتّجاهين أساسين وهما اتّجاه تأسيس الحجيّة على فرضية مطابقة الحكم القضائي للحقيقة والصحّة واتّجاه تأسيس الحجيّة على ما يحقّقه القول بها من مصلحة.

---

(1) نقض جنائيّ، طعن رقم 117680، قرار بتاريخ 14/07/ 1996، (**النّشرة القضائية، 1997**م، العدد 52) ص147.

كما أنّه في المادة الجزائية يعتمد على اعتبار ما يتحقّق من القول به من مصلحة، سواء أكانت ضمان الحرية الفرديّة للشّخص المتابع بعدم جواز متابعته على فعل واحد مرتين أم كانت مصلحة جماعيّة تتمثّل في المحافظة على النّظام الاجتماعيّ وهيبة مرفق القضاء.

والمتأمّل للاتّجاه المؤسّس للحجيّة في المادّة المدنيّة على فرضية مطابقة الحكم القضائيّ للحقيقة والصحّة يلحظ أنه يقوم على الرّاجح الغالب من الأحكام، وأنّه قائم هو ذاته على تقدير مصلحة تتحقّق بتعميم هذا الغالب عل سائر الأحكام القضائيّة حكما لا حقيقة، وهذه المصلحة المبتغاة من هذا التّعميم المبنيّ على الافتراض الرّاجح هي ذاتها مصلحة استقرار الأوضاع والعلاقات الاجتماعيّة، ومنع تجدّد النّزاع ومنع تضارب الأحكام المصرّح بها في الاتّجاه الثّاني.

فخلص من ذلك أنّ التأسيس للحجيّة في القانون الوضعيّ راجع إلى اعتبار ما يحقّقه القول بها من مصلحة، سواء أتمّ التّصريح بها مباشرة أ وبشكل غير مباشر.

المطلب الثّاني: علاقة حجيّة الحكم القضائيّ بالنّظام العامّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المتأمّل فيما سبق بيانه من أساس حجيّة الحكم القضائي في الشّريعة الإسلامية والقانون الوضعي، والمصالح العامة المراعاة في اعتبارها يكاد يجزم بأنّها من النّظام العام، بحيث لا يجوز أن يحيد عنها القضاة ولا الخصوم، بل يجب عليهم التزامها، بحيث يجب على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه دون أن يتمسّك بها الخصوم، ويجوز للخصوم أن يتمسّكوا بها في كلّ مرحلة من مراحل الحكم.

ولئن كان ذلك مسلّما به في فقه الشّريعة الإسلاميّة فإنّ القانون الوضعيّ خاصّة على مستوى التّشريع لم يرتّب على اعتماد ذلك اعتبار الحجيّة متعلّقة بالنّظام العامّ بشكل مطلق، بحيث أنّه بينما جعلته بعض التّشريعات متعلّقا بالنظام العام بشكل مطلق في المادتين المدنيّة والجزائية، فقد قصرته بعضها على المادة الجزائيّة، وهو ما يدعوني إلى بيان موقف الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ من هذه المسألة مقدّما لذلك ببيان مفهوم النّظام العامّ على النحو التّالي:

الفرع الأوّل: مفهوم النّظام العامّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الثّاني: أثر اعتماد فكرة النّظام العامّ في إعمال فكرة الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

الفرع الثّالث: أثر اعتماد فكرة النّظام العامّ في إعمال فكرة الحجيّة في القانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: مفهوم النظام العام في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

أوّلا: مفهوم النّظام العام في الشّريعة الإسلاميّة.

تقوم أحكام الشّريعة الإسلاميّة على رعاية مصالح الإنسان، قال ابن القيّم: "إنّ الشّريعة مبناها وأساسها على الحِكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد"[1]، وقال العزّ بن عبد السّلام[2]: "والشّريعة كلّها مصالح إمّا تدرأ مفاسد أو تجلب مصالح"[3]

---

(1) أعلام الموقّعين...ج3ص1.

(2) أبو محمّد عزّ الدّين عبد العزيز بن عبد السّلام بن أبي القسم بن الحسن السلميّ، سلطان العلماء الدّمشقيّ الشّافعيّ، ولد سنة 577أو578 هجريّة، تفقّه على فخر الدّين بن عساكر والقاضي جمال الدّين، وقرأ الأصول على الآمديّ، لقّبه ابن دقيق العيد بسلطان العلماء، تولّى قضاء مصر دون القاهرة في عهد الصّالح أيّوب مع خطابة جامع مصر، ثمّ اعتزل القضاء، توفي سنة 660 هجريّة (انظر: ابن العماد، **شذرات الذّهب**...، ج5ص301)

(3) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الجيل، بيروت، لبنان، ط2، 1400هـ–1980م، ص11.

إلاّ أنّ هذه المصالح لا تتّفق من حيث درجتها ولا من حيث كليّتها، فهناك المصالح العامّة الّتي تنتظم جميع أحكام الشّريعة متمثّلة في حفظ نظام الأمّة ومصالحها الأساسيّة، قال ابن عاشور: "إذا نحن استقرينا موارد الشّريعة الإسلاميّة الدّالة على مقاصدها من التّشريع استبان لنا من كليّات دلائلها ومن جزئيّاتها المستقراة أنّ المقصد العامّ من التّشريع فيها هو حفظ نظام الأمّة واستدامة صلاحه بصلاح المهيمن عليه وهو نوع الإنسان، ويشمل صلاح عقله وصلاح عمله وصلاح ما بين يديه من موجودات العالم الّذي يعيش فيه"[1].

وهناك المصالح الأساسيّة الّتي أوجب الشّرع تحقيقها وهي المصالح الضروريّة، قال أبو حامد الغزالي: "...ومقصود الشّرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكلّ ما يتضمّن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكلّ ما يفوّت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعه مصلحة"[2].

ويمكن تحديد مفهوم النّظام العامّ بما تقدّم بأنّه "مجموع المصالح العامّة والضروريّة الّتي أقام الشّرع عليها نظام المجتمع الإسلاميّ ".

وواضح من خلال عبارة الغزالي السّابقة أنّ مفهوم النّظام العامّ في الشّريعة الإسلاميّة لا يتوقّف عند المنافع الماديّة البحتة، بل يتضمّن المصالح الدينيّة جنبا إلى جنب مع المصالح الصحيّة والاقتصاديّة الّتي تقوم عليها حياة الإنسان الفرديّة والأسريّة، وكلّما كانت المصالح مراعاة في عموم أحكام الشّريعة وتعلّقت بعموم النّاس كان اندراجها في النّظام العامّ أولويّا.

وقد حدّد ابن عاشور شروطا أربعة لاعتبار المصلحة عامّة وهي: **الثّبوت**: وهو أن تكون المصالح مجزوما بتحقّقها أو مظنونا ظنّا قريبا من الجزم. **الظّهور**: وهو ما لا يختلف الفقهاء في تشخيص معناه. **الانضباط**: أن يكون لمعنى المصلحة حدّ معتبر لا يتجاوزه ولا يقصر عنه بحيث يكون القدر الصّالح منه لأن يعتبر مقصدا شرعيّا لا ريب فيه. **الاطّراد**: أن لا يختلف المعنى باختلاف الأقطار والنّاس[3].

وخلاصة ما تقدّم أنّ النّظام العامّ يشمل في فقه الشّريعة نوعين من المصالح وهما:

1. المصالح الضّروريّة: وهي المصالح الّتي قصد الشّرع ابتداء حفظها للإنسان، وهذه المصالح لا يمنع من انتظامها في مفهوم النّظام العامّ كونها فرديّة نظرا لأساسيّتها.

---

(1) **مقاصد الشّريعة الإسلاميّة**، ص63.

(2) **المستصفى**...ج1ص286-287.

(3) انظر: نفسه، ص52.

2. المصالح العامّة: وهي المصالح الّتي قصد الشّرع ابتداء حفظها للجماعة، وانتظامها في مفهوم النّظام العامّ بقدر عمومها وأثرها على الجماعة.

وقد ترتّب عن هذا النّظر لدرجة المصالح وعمومها ما اصطلح علماء الشّريعة على تسميته بحقوق الله وحقوق العباد، وقد وضّح القرافي أنّ معيار التّفرقة بين النّوعين هو باعتبار حقّ الفرد في إسقاط المطالبة به، قال القرافي: "كلّ ما للعبد إسقاطه فهو الّذي نعني به حقّ العبد، وكلّ ما ليس للعبد إسقاطه فهو الّذي نعني به حقّ الله تعالى"[1].

ومثال حقوق الله الخالصة حقّ العبادات والحدود والكفّارات والمؤنة الّتي تحمل معنى العبادة كالخراج، وهي لا مدخل للصّلح فيها ولا للإسقاط والعفو، ولا تصلح فيها الشّفاعة وتلزم دون دعوى من المتضرّر متى رفعت للقاضي، ومثال حقوق العباد حقّ التملّك والميراث، وتقبل هذه الحقوق المعاوضة والإسقاط، وتحتاج إلى دعوى للمخاصمة فيها، وهناك حقوق مشتركة يُراعى فيها ما غلب من حقّ الله أو حقّ العبد[2].

ثانيا: مفهوم النّظام العامّ في القانون الوضعيّ.

اختلفت وتعدّدت تعريفات النّظام العامّ في القانون الوضعيّ[3] ولعلّها تلتقي جميعا في أنّ النّظام العامّ هو مجموع المصالح الأساسيّة الّتي يقوم عليها كيان المجتمع سواء أكانت سياسيّة أم اجتماعيّة أم اقتصاديّة أم أخلاقيّة، بحيث يعتبر بقاء المجتمع سليما مستقرّا متوقّفا على وجود تلك المصالح[4].

ولّما كان لهذه المصالح هذه الأهمّيّة فقد تكفّل القانون بتنظيمها من خلال القواعد الآمرة الّتي لا يملك الأفراد إزاءها القدرة على مخالفتها ولا الاتّفاق على نقيضها، ويكون الاتّفاق الخاصّ الّذي يقضي بالمخالفة باطلا ولو كان يحقّق للأفراد مصلحة فرديّة، لأنّ المعتبر هي مصلحة المجتمع الأساسيّة[5].

---

(1) **الفروق**، ج1ص141.

(2) انظر: ابن قيّم الجوزيّة، **إعلام الموقّعين**...ج1ص108؛ (السّرخسيّ) أبو بكر محمّد بن أحمد بن أبي سهل (ت490هـ)، **أصول السّرخسي**، تحقيق أبو الوفا الأفغانيّ، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج2ص289؛ العزّ بن عبد السّلام، **قواعد الأحكام**... ج1 ص153.

(3) قال بلقاسم الشّابي (مدّعي عامّ سابق بمحكمة التعقيب التّونسيّة): "نعت ومنعوت احتار العلماء في تعريفه ولا أدلّ على ذلك من كثرة التّعاريف الّتي حاولت أن تبيّن حقيقته وتكشف عن كنهه، ومع ذلك كلّما وضع تعريف صاح أهل الخبرة بأنّه غير جامع ولا مانع" (**النّظام العامّ**، مقال منشور، **مجلّة كتابة الدّولة للعدل**، تونس، 29جوان 1966، ص3).

(4) انظر: السّنهوري، **الوسيط**...ج1ص339.

(5) انظر: عبد الحميد الشّواربي، **البطلان المدنيّ الإجرائيّ والموضوعيّ**، منشأة المعارف بالإسكندريّة، مصر، ص170.

وتظهر قواعد القانون العامّ كأظهر قواعد تتعلّق بالنّظام العامّ، وفي مقدّمتها قواعد القانون الدّستوري المتعلّقة بالحقوق والحريّات العامّة، وكذلك قواعد القانون الإداريّ في كلّ ما يتّصل بالوظيفة العامّة وتنظيم المرافق العامّة، وكذا في القانون الماليّ في فرض الضرائب وتنظيم النّقد، وفي قانون العقوبات فيما تعلّق بالمسؤوليّة والعقوبة.

ولا تخلو قواعد القانون الخاصّ من قواعد تتعلّق بالنّظام العامّ، وفي مقدّمتها قانون الأسرة (الأحوال الشخصيّة) إذ تتعلّق أغلب قواعده بالنّظام العامّ لقيام المجتمع على نظام الأسرة، بينما تقلّ في المعاملات المدنيّة الأخرى لارتباطها بإرادة الأفراد.

وترتبط بفكرة النّظام العامّ فكرة الآداب العامّة على اعتبار أنّها مجموعة القواعد الأخلاقيّة الّتي تجب مراعاتها لحفظ نظام المجتمع الأخلاقيّ، وهي في حقيقتها جزء من فكرة النّظام العامّ.

كما تتضمّن القواعد الموضوعيّة قواعد ذات ارتباط بالنّظام العامّ فكذلك القواعد الإجرائيّة، فإضافة إلى أنّ هذه الأخيرة تعتبر كلّها من القواعد الآمرة فإنّه يكفي لاعتبارها كذلك أن تكون تمسّ بالمصلحة العامّة للجماعة.

وينجرّ عن تعلّق قواعد المرافعات بالنّظام العامّ أنّه لا يجوز اتّفاق الخصوم على خلافها، ويمكن التمسّك بها في أيّ مرحلة كانت عليها الدّعوى، ويجوز إثارتها من طرف القاضي وكلّ ذي مصلحة[1].

الفرع الثّاني: أثر اعتماد فكرة النّظام العامّ في إعمال الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

من الواضح كما سبق مع مصطلح "الحجيّة" أنّني لن أعثر قي نصوص الفقهاء الأوائل، وفي تراثهم الفقهي وفي كتب القضاء على تعبير عما يسمّى حاليا بالنّظام العامّ، ولا أن أجد تصريحا بعبارة" إثارة المحكمة للحجيّة من تلقاء نفسها"، إلا أنّه بدل هده المصطلحات سأحاول البحث عن مفهوم رعاية النّظام من خلال التمسّك بهذه الحجية، وذلك من خلال الوقوف عند قوله ﷺ: **"لا يقضينّ أحد في قضاء بقضائين"**[2] واستقراء وتحليل عبارات الفقهاء التي تدلّ على ضرورة إعمال القاضي لما يعلمه من قضاء سبق منه أو من غيره في النّزاع المعروض عليه، وحقّه في رفض الحكم في النّزاع بناء على سبق الحكم فيه، وتعتبر هده إثارة منه للحجيّة من تلقاء نفسه.

---

(1) عبد الحميد الشّواربي، **البطلان المدنيّ**...ص170-171.

(2) سبق تخريجه ص 55 من هذا البحث.

ففي الحديث الشّريف نهي صريح للقاضي عن التّعرّض للمسألة الّتي سبق الحكم فيها سواء أطلب منه الخصوم ذلك أم لا، فإنّ النهي يعمّ الحالتين، فدلّ ذلك على وجوب إثارة المحكمة للحجيّة من تلقاء نفسها، ولا يقتصر الأمر على عدم قضاء قاض معيّن في المسألة مرّة أخرى رغم أنّ ظاهر النصّ يفهم منه ذلك، لأنّ علّة النّهي هنا هو دفع ما ينجرّ عن إعادة القضاء في المسألة المقضيّ فيها وهي متوفّرة في كلّ إعادة للمحاكمة سواء أكان من القاضي نفسه أو من غيره، فدلّ الحديث على النّهي عن كلّ قضاء في مسألة سبق الحكم فيها.

وقد تضافرت عبارات الفقهاء في أنّه إذا أصدر قاض حكما قضائيا بناء على اجتهاد فيما هو محلّ للاجتهاد فيحرم على غيره من القضاة نقضه باجتهادهم[1].

وفي ذلك ارتقاء من مرتبة حق القاضي لإثارة للحجيّة من تلقاء نفسه دون طلب الخصوم، إلى حظر التعرّض لمسألة سبق فيها قضاء نفسه أو غيره، وهذا دليل واضح على أنّ الحجيّة في نظر الفقه الإسلاميّ من النّظام العام سواء أتعلّقت بالمسائل المدنيّة أم الجزائيّة.

كما أنّ تعليل ذلك جاء صريحا في أكثر من موضع بأنّه لأجل المصلحة العامّة، جاء في البدائع:"إن الضّرورة توجب القول بلزوم القضاء المبنيّ على الاجتهاد، وأنّه لا يجوز نقضه، لأنه لو جاز نقضه برفعه إلى قاض آخر يرى خلاف رأي الأول فينقضه، ثم يرفعه المدّعي إلى قاض آخر يرى خلاف رأي الأول فينقضه، ثم يرفعه المدّعي إلى قاض آخر يرى خلاف القاضي الثاني فينقض نقضه، ويقضي كما قضى الأول، فيؤدّي إلى أن لا تندفع الخصومة والمنازعة أبدا، والمنازعة سبب الفساد، وما أدى إلى الفساد فساد"[2].

بل إنّ واجب القاضي تجاه الأحكام القضائيّة السّابقة هو إمضاؤها، وعدم التّعرض لها، والتّمسّك بحجيّتها أمام كل من يريد تجديد النّزاع المحكوم فيه، قال ابن فرحون: "والعادل العالم لا يُتعرّض لأحكامه إلا على وجه التجويز لها إن عرض فيها عارض بوجه خصومة"[3].

فتبين ممّا سبق أنّ الفقه الإسلاميّ يتّجه نحو اعتبار حجيّة الأحكام القضائيّة مسألة تتعلّق بالنّظام العامّ لا يجوز للقضاة و لا للخصوم المساس بها، وعلى القضاة أن يتمسّكوا بها ويثيروها ما علموا بها، وهي متعلقة في نظر فقهاء الإسلام بمصلحة عليا تسمو على حقوق الأفراد ومصالحهم، وهي شاملة لسائر الأحكام القضائيّة المدنيّة منها والجزائيّة.

---

(1) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص57؛ الباجي، **فصول الأحكام**...ص177؛ ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص 77، ابن قدامة، **المغني**، ج11ص 407؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3 ص478؛ الكاساني، **بدائع الصنائع**...ج 4 ص14.

(2) الكاساني، ج7ص14.

(3) نفسه، ج1ص74.

الفرع الثّالث: أثر اعتماد فكرة النّظام العامّ في إعمال الحجيّة في القانون الوضعيّ.

لقد كان لاعتبار فكرة النّظام العامّ الأثر البالغ في إعمال الحجيّة في القانون الوضعيّ، وقد اختلف الأمر من المادّة المدنيّة إلى المادة الجزائيّة.

أوّلا: اعتبار فكرة النّظام العامّ في إعمال الحجيّة في المادّة المدنيّة.

إنّ الحكم المدنيّ لا يتعلّق بشكل مطلق بالمصلحة العامّة للمجتمع كما في المادّة الجزائيّة، ولهذا فقد وجد تباين في عدّ الحجية في الحكم المدنيّ من النّظام العامّ أو عدم عدّه كذلك.

فهناك من رأى أنّ حجيّة الأمر المقضيّ ليست من النّظام العامّ، بل وصرّح السّنهوري على أنّ الإجماع يكاد ينعقد على ذلك وأنّ عدّها من النّظام العامّ رأي مرجوح[1]، وهي لا تعدو أن تكون قاعدة مقرّرة لمصلحة الخصوم[2].

يسند هذا الاتّجاه ترجيح كون حجيّة الأمر المقضيّ قاعدة موضوعيّة لا قرينة قانونيّة، وهو ما رجّحه الفقه الحديث وقد سبق ذكره[3]، كما يسنده أنّ الحجيّة في المادّة المدنيّة تعنى بمصالح الأفراد الخاصّة ولا تتعلّق بالمصالح العليا والعامّة للمجتمع.

وقد وجد هذا الاتّجاه المحضن الخصب في التّشريع حيث صرّحت المادّة 338 من القانون المدنيّ الجزائريّ بأنّه "لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا"، وهو ما يذهب إليه الاجتهاد القضائيّ[4]، وهو ذات ما ورد في القانون المدني المصري حيث تنصّ المادّة 2/405 على أنّه "لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها".

---

(1) **الوسيط**...ج2ص642.

(2) بكوش يحي، **أدلّة الإثبات**... ص404-405.

(3) انظر ص 45-47 من هذا البحث.

(4) قضت المحكمة العليا بأنّه "من المقرّر قانونا أنّه لا يجوز للقضاة أن يأخذوا بقرينة حجيّة الشيء المقضيّ فيه تلقائيا، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خطأً في تطبيق القانون، ولمّا كان من الثّابت أنّه لا يوجد أيّ دفع من أحد الأطراف بحجيّة الشيء المقضيّ فيه فإنّ قضاة الاستئناف بأخذهم تلقائيّا بهذه القرينة فإنّهم بقضائهم هذا أخطأوا في تطبيق القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه" (نقض مدنيّ، طعن رقم 34931، 30-10-1985، **المجلة القضائيّة**، العدد 04،1989م، ص68).

فيكون عدم جواز إثارة المحكمة للحجيّة من تلقاء نفسها أكبر دليل على أنّها ليست من النّظام العامّ، ويترتّب عن ذلك أنّها "لا تعدو أن تكون دليلا على الحقّ، والخصم يملك الحقّ نفسه، ويملك النّزول عنه، ويستطيع أنّ يتّفق مع خصمه على الطّرق التي تتّبع لإثباته"[1].

بينما يرى اتّجاه آخر أنّ الحجيّة في المادّة المدنيّة من النّظام العامّ، ويتمسّك القائلون بهذا الرّأي بأنّ الحجيّة قرينة قانونيّة مطلقة، وما دامت كذلك فهي من النّظام العامّ[2]، ويسندهم إدراج النّصوص القانونيّة للحجيّة ضمن القرائن القانونيّة، فقد أدرج القانون المدنيّ الجزائريّ في بابه السّادس النصّ المتعلّق بقوة الشّيء المقضيّ به (المادة 338) ضمن الفصل الثّالث المشتمل على النّصوص الخاصّة بالقرائن، وصرّح بكونها قرينة في نصّ المادّة المذكورة على أنّه "لا يجوز قبول أيّ دليل ينقض هذه القرينة".

فالتّشريع إذن يدرج النصّ المتعلّق بها ضمن القرائن، ويصرّح بكونها قرينة، ويبيّن كونها قرينة مطلقة، حيث لا يقبل نقضها بأي دليل آخر ولو كان إقرارا أو بيّنة خلافا للقرائن الأخرى الّتي صرّح في المادة 337 منه على أنّ "القرينة القانونيّة تغني من تقرّرت لمصلحته عن أيّة طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنّه يجوز نقض هذه القرينة بالدّليل العكسيّ ما لم يوجد نصّ يقضي بغير ذلك" وقد وجد في المادة 338 منه، وهو نفس المعنى الّذي صرّحت به المادّة 405 من القانون المدنيّ المصريّ.

كما أنّ الهدف من تقرير الحجيّة في المادة المدنيّة هو "الرّغبة في وضع حدّ لتجدّد الخصومات وعدم السّماح بقيام أحكام متعارضة ممّا يغضّ من كرامة القضاء، وهذه اعتبارات تتعلّق بالنّظام العامّ لأنّها تمسّ مصلحة جوهريّة للمجتمع و هي الحاجة إلى استقرار الأوضاع القانونيّة"[3].

كما أنّ نصّ المشرّع المصري في قانون الإثبات في المادّة 101 منه على أنّه "تقضي المحكمة بهذه الحجيّة من تلقاء نفسها" ونصّه في المادّة 116 من قانون المرافعات على أنّ "الدّفع بعدم جواز نظر الدّعوى لسبق الفصل فيها تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها" قد أنهى التّمسّك بنصّ المادّة 405 من القانون المدنيّ المصريّ من طرف شرّاحه.

وقد انتهى البعض إلى حلّ توفيقي حيث رأى ضرورة اعتبار حجيّة الشّيء المقضيّ فيه من النّظام العامّ من حيث عدم جواز إقامة الدّليل على عدم صحّتها، أمّا من حيث أنّها دفع، فهي لا تتعلّق بالنّظام العامّ[4].

---

(1) السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص643.

(2) انظر التّعريف الأوّل الوارد في الحجيّة ص 43 من هذا البحث.

(3) إدوار غالي الدهبيّ، **حجيّة الحكم الجنائي**... ص73.

(4) انظر: السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص643.

ويبدو لي أنّه من الضّروري العودة بالنّظر في تقدير كون الحجيّة في المادّة المدنيّة من النّظام العام أم لا إلى مدى ارتباطها بخدمة المصلحة العامّة المعبّر عنها بالنظام العامّ، فإذا تبيّن أنّ وجه تحقيق المصلحة الفرديّة وحفظ الحقوق الفرديّة أغلبيّ على تحقيق المصلحة الجماعيّة فإنّها ليست من النّظام العامّ، وإذا تبيّن أنّ وجه تحقيق المصلحة الجماعيّة أغلبيّ على تحقيق المصالح الفرديّة فإنّها من النّظام العامّ، وبهذا أكون قد ملكت معيارا مرجعيّا أقيّم به اختيارات المشرّع القانونيّ، لا أن أجعل التّمسّك بعبارات النّصوص حكما في اعتبارها من النّاحية الفقهيّة القانونيّة من النّظام العامّ أم لا.

والحقيقة أنّ إضفاء الحجيّة على الأحكام المدنيّة كان الهدف الأساسيّ منه هو وضع حدّ للمنازعات، وعدم فسح المجال لقيام أحكام متعارضة تغضّ من هيبة مرفق القضاء، وتشكّك في مصداقيته، كما تمنع من إضاعة وإهدار وقت القضاء في بحث التزاعات مرّات متعدّدة كلّما ارتأى للخصوم ذلك، وهي مصالح أرجح من مصلحة الأفراد في التّمسّك بحقّهم أو التنازل عنه، ولهذا كان واجب التّشريع لكي يتناغم مع الهدف الّذي تقرّرت الحجيّة لأجله أن ينصّ على أنّ للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها، وأنّه ليس للأفراد أن يتنازلوا عنها، وإذا تمّ التسليم بأنّ الحجيّة قاعدة موضوعيّة كما يرجّح الفقه الحديث، وترتّب عن ذلك أنّ الدّفع بها دفع موضوعيّ لا دفع شكليّ، يجوز إبداؤه في أيّ مرحلة كانت عليها الدعوى، فقد سهل أن يُجعل للمحكمة إثارتها من تلقاء نفسها.

ثانيا: أثر اعتماد فكرة النّظام العامّ في إعمال الحجيّة في المادّة الجزائيّة.

يصرّح كثير من المؤلّفين والباحثين في الموضوع بانعقاد الإجماع على اعتبار حجيّة الأمر المقضيّ من النّظام العامّ في المسائل الجزائية[1]، ولهذا فإنّ الحكم الجنائيّ متى صدر أصبح حجّة أمام أيّ محكمة جنائيّة، فالحكم بالبراءة أو الإدانة واجب الاحترام من جميع الخصوم وكافّة المجتمع وجميع المحاكم، والحجيّة بهذا المعنى مطلقة، ولهذا فلا يملك الخصوم التّنازل عن التّمسّك بها، ويجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه دون أن يتمسّك بها الخصوم، ويجوز لهم أن يتمسّكوا بها ولو لأوّل مرّة أمام المحكمة العليا.

وتعليل هذا الإجماع وذلك الإطلاق أنّ الحكم الجنائيّ يصدر باسم المجتمع كافّة ولمصلحته العامة، وللمجتمع تمثيل في المحاكم الجنائيّة، ويعتبر صدور حكم حائز لحجيّة الشيء المقضيّ فيه في الدّعوى الجنائيّة

---

(1) انظر: السّنهوريّ، **الوسيط**...ج2ص641-642؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ وقوّته**...ص27؛ إدوار غالي الـذهبيّ، **حجيّة الحكم الجنائيّ**... ص72.

النهاية الطبيعيّة للدّعوى العموميّة[1]، وقد قضت المحكمة العليا أنّه "متى صدر حكمان متتاليان ضد نفس المتّهم في ذات الواقعة، تعيّن إبطال الثّاني منها لصالح القانون وحده على إثر الطّعن المرفوع من النائب العام لدى المجلس الأعلى"[2]، وقضت أنّه" متى ثبت أنّ المتهم الواحد كان موضوعا لحكمين جزائيين متتاليين من أجل ذات الواقعة ولنفس السّبب تعيّن على المجلس الأعلى [أي المحكمة العليا] الاستجابة إلى طلب النّائب العام الرّامية إلى إبطال الحكم الثّاني لسبق صدور حكم باتّ في القضيّة"[3].

(1) المادّة 6 من قانون الإجراءات الجزائيّة الجزائريّ.

(2) نقض جنائي، قرار بتاريخ20-05-1969(**نشرة العدالة**، 1969م، ص218).

(3) نقض جنائي، قرار بتاريخ19-11-1968(**نشرة العدالة**، 1968، ص81).

خلاصة مقارنة

ختاما للمبحث الموسوم ب "أساس حجيّة الحكم القضائيّ وعلاقتها بالنّظام العامّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ" فإنّه يبدو ضروريّا بيان أوجه الاتّفاق والاختلاف في تحديد هذا الأساس وكيفيّة التّعامل معه، وكذا في علاقة الحجيّة بالنّظام العامّ، ويمكن بيان ذلك في النّقاط التّالية:

1. المتتبّع لعبارات فقهاء الشّريعة الإسلاميّة في التّأسيس لحجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة بما يحقّقه اعتمادها من مصالح وهو قول غالب الفقه الإسلاميّ, وكذا عبارات فقهاء القانون الوضعيّ في التّأسيس لحجيّة الحكم القضائي في القانون الوضعيّ بما يحققه اعتمادها من مصالح وهي الفكرة المشتركة في التّأسيس للحجيّة بين المادتين المدنيّة والجنائيّة كما سبق بيانه، يصل إلى نتيجة مفادها الاتّفاق على أنّ تحقيق المصلحة هو الأساس الصحيح للقول بالحجيّة، وهذا بتحقيق المصالح التّالية:

أ. الحفاظ على استقرار المراكز القانونيّة باستقرار الأحكام.

ب. الحفاظ على هيبة القضاء.

ج. منع الفساد المحقّق باستمرار المنازعات.

2. اختلف فقهاء الشّريعة الإسلاميّة في تحديد أساس حجيّة الحكم القضائيّ بين اتّجاه غالب الفقه الإسلاميّ وهو الاتّجاه المعلّل بالمصلحة واتّجاه يمثّله القرافي وهو الاتّجاه المعلّل بنيابة القاضي عن المشرّع في أعيان الأحكام، إلاّ أنّ الفقه الإسلاميّ جميعه نظر إلى الحكم القضائيّ كوحدة لا تتجزأ سواء في المادّة المدنيّة أم الجزائيّة، بينما يحرص فقهاء القانون الوضعيّ على تمييز البحث عن أساس حجيّة الحكم القضائيّ في المادّة المدنيّة عنه في المادّة الجزائيّة، فيعتمد نظريّات معيّنة في التّأسيس لها في القانون المدنيّ ونظريّات أخرى في التّأسيس لها في القانون الجنائيّ.

وقد بيّنتُ فيما سبق أنّ الفكرة المؤسّسة للحجيّة في القانون الوضعيّ لا تخرج في الحقيقة رغم تعدّد النّظريّات وكثرة الأسماء عن اتّجاهين إثنين هما:

أ- _ اتّجاه تأسيس الحجيّة على فرضيّة مطابقة الحكم القضائيّ للحقيقة والصّحة.

ب- _ اتّجاه تأسيس الحجيّة على ما يحققه القول بها من مصلحة.

فتبيّن أنّ مسلك فقهاء الإسلام أسلم على اعتبار أنّ الحكم القضائيّ في أصله لا يتجزّأ، وكذا حجيّته لا تتجزّأ باعتبار نوعه.

3.يرتبط مفهوم النّظام العامّ في ظلّ الشّريعة الإسلاميّة بجملة المصالح الضّروريّة والعامّة، بحيث أنّ كلّ ما تعتبره الشّريعة الإسلاميّة مصلحة ضروريّة (حفظ الدّين، حفظ النّفس، حفظ العقل، حفظ النّسل، حفظ المال) أو تعتبره مصلحة عامّة (وهي المعبّر عنها بحقوق الله) فهو نظام عامّ في ميزان الشّريعة، فأمّا المصالح الضّروريّة فقد اجتهد فقهاء الإسلام في بيانها وضبط معانيها وبيان ما يرعاها من أحكام شرعيّة، وأمّا المصالح العامّة المعبّر عنها بحقوق الله تعالى فضابطها أن لا يكون للعبد حقّ إسقاطها، وهي معلومة بمقتضى النّصوص الشرعيّة المبيّنة لذلك، وفي ذلك دليل على أنّ معنى النّظام العامّ مستقرّ ومحدّد في نظر الشّريعة، لأنّ مجموع المصالح الضروريّة والعامّة هي المصالح الأساسية الّتي يقوم عليها كيان المجتمع الإسلاميّ.

وعلى النّقيض من ذلك فإنّ القانون الوضعيّ رغم أنّه يعتبر أنّ النّظام العامّ يعني المصالح الأساسيّة الّتي يقوم عليها كيان المجتمع، فإنّه يعود فيحدّدها من خلال المصالح الّتي نظمتها القواعد الآمرة الّتي لا يملك الأفراد القدرة على مخالفتها أو الاتّفاق على نقيضها، وبدل أن يحدّد النّظام العامّ ببيان أنواع المصالح الّتي تندرج تحته يعود فقهاء القانون فيجعلون النصّ القانونيّ علَما في تحديد كون المسألة من النّظام العامّ أم لا، ممّا يجعل مفهومه فضفاضا تحكمه إرادة التّشريع الّتي قد تتناقض وتتباين، ويبدو لي أنّ في فقه الشّريعة تميّزا واضحا في ضبط المفهوم وتحديد مضامينه كما سبق بيانه.

4. تتعلّق الحجيّة بالنّظام العامّ بشكل مطلق في الشّريعة الإسلاميّة، وهذا بالنّظر إلى الأدلّة المثبتة لها والّتي تتضمّن إلزاما بالتّسليم بالحكم القضائيّ والامتناع عن تجديد النّزاع فيه دون تمييز بين حكم مدنيّ وحكم جنائيّ، وبالنّظر إلى المصالح العامّة الّتي يتوقّف تحقيقها على القول بحجيّة الحكم القضائيّ وهي مصالح معتبرة شرعا ويعود أثرها على عامّة المجتمع متمثّلة في استقرار الأحكام القضائيّة ومنع استمرار النّزاعات وحفظ هيبة القضاء[1]، فإنّ التزام ما تنصّ عليه تلك النّصوص بصراحة، وتحقيق تلك المصالح هو حفظ للنّظام العامّ في الشّريعة، وهي مصالح تتجاوز مصالح الأفراد الخاصّة الّتي يمكن لهم أن يتنازلوا عنها أو تسقط بإرادتهم.

وخلافا لذلك يفرّق القانون الوضعيّ بين حجيّة الحكم المدنيّ وحجيّة الحكم الجنائيّ، فبينما يصرّح المشتغلون بالقانون بانعقاد الإجماع على اعتبار حجيّة الأمر المقضيّ في المسائل الجزائيّة من النّظام العامّ على اعتبار أنّ الحكم الجنائيّ يصدر باسم المجتمع كافّة لمصالحه العامّة وللمجتمع تمثيل في المحاكم الجنائيّة، فإنّ الإجماع يكاد ينعقد على اعتبار حجيّة الأمر المقضيّ في المسائل المدنيّة ليست من النّظام العامّ كما سبق بيانه على اعتبار أنّها قاعدة مقرّرة لمصلحة الخصوم، وهو ما اعتمده المشرّع الجزائريّ حينما لم يجز للمحكمة أن

(1) انظر: مشروعيّة الحجيّة من مقاصد الشّريعة ص 108–114 من هذا البحث.

تأخذ بالحجيّة من تلقاء نفسها، وقد تبيّن ممّا سبق أنّه بالنّظر للمصالح العامّة الّتي يحققها القول بحجيّة الحكم القضائيّ في المادّة المدنيّة فإنّه يترجّح تعلّقها هي كذلك بالنّظام العامّ.

وهنا يظهر امتياز فقه الشّريعة في تعلّق الحجيّة بالنّظام العامّ مطلقا نظرا للمصالح الأساسيّة الّتي أنيط به تحقيقها وتردّد القانون الوضعيّ في اعتبارها متعلّقة بالنّظام العامّ في المادّة المدنيّة.

الباب الثّاني

شروط حجّية الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلامّية والقانون الوضعيّ

إنّ التعرّض لشروط حجيّة الحكم القضائيّ ضرورة تستدعيها الإحاطة بموضوع البحث ألا وهو "حجيّة الحكم القضائيّ"، ذلك أنّ تصوّر حيازة كلّ حكم قضائيّ للحجيّة مظنّة توسيع دائرة حيازة الحجيّة إلى مالم تقصد الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ إضفاء الحصانة والحجيّة عليه من الأحكام، بل إنّ ضبط شروط حجيّة الحكم القضائيّ يمكّن من معرفة مواضع إعمال الحجيّة وترتيب آثارها فكان الحديث عنها متوسّطا بين تأصيلها وآثارها.

والحقيقة الّتي يجب التّنبيه إليها أنّ شروط الحجيّة تتقاطع مع نطاق ومجال سريانها, ذلك أنّ تحديد نطاق العمل القضائيّ الحائز للحجيّة يعتبر شرطا في إعمالها, كما أنّ تقرير شرط لحيازة الحجيّة يعتبر تقييدا لنطاقها ومجال سريانها، إلاّ أنّه لّما أفردت لمجال سريان الحجيّة فصلا خاصّا ضمن الباب الثّاني من حيث طبيعة العمل وأجزاء الحكم ودلالته[1], فقد قصدت هنا بالشّروط ما يلزم للتّمسّك بحجيّة الحكم القضائيّ والدّفع بها.

ويجد تقسيم شروط الحجيّة إلى شروط للتّمسّك بحجيّة الحكم القضائيّ وأخرى للدّفع بها أساسه في أنّ آثار الحجيّة تتجلّى كما سبق بيانه في توضيح معناها في الأثر الإيجابيّ المتمثّل في الاحترام الّذي يحوزه الحكم ذو الحجيّة بحيث يحترم الخصوم والقضاء ما قضى به ويرتّبوا عليه آثاره في الدّعاوى اللاّحقة, والأثر السّلبيّ المتمثّل في عدم جواز رفع نفس الدّعوى بعد سبق الفصل فيها وأحقّيّة دفعها لذلك[2]، إلاّ أنّه لّما كان التّمسّك بهذه الحجيّة والدّفع بها لا يكون إلاّ باستظهار حكم معتبر شرعا وقانونا فقد قدّمت بذكر شروط صحّة الحكم القضائيّ فيهما.

لأجل ذلك فقد استقرّ لديّ هذا الباب في فصول ثلاثة على النّحو التّالي:

الفصل الأوّل: شروط صحّة الحكم القضائيّ وأثرها على حجيّته في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفصل الثّاني: شروط التمسّك بحجيّة الحكم القضائيّ وأثر اعتبارها في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفصل الثّالث: شروط الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ وأثر اعتبارها في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

---

(1) انظر: الباب الثّالث، الفصل الأوّل المعنون بـ"مجال سريان حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ".

(2) انظر: السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص635-636؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص14-15؛ إدوار غالي الذّهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص54-57، يقول السّنهوري: "وقد أخذ الفقه أخيرا يميّز في حجيّة الأمر المقضيّ بين الدّفع بهذه الحجيّة وبين التّمسّك بها, فهذان شيئان منفصلان, الأوّل هو كما رأينا دفع موضوعيّ يهدف إلى عدم قبول الدّعوى الجديدة والمدّعى عليه هو الّذي يدفع به هذه الدّعوى, أمّا الثّاني فليس بدفع, بل هي حجيّة الأمر المقضيّ ذاتها يتمسّك بها المدّعي في دعوى يقيمها هو" (نفسه، ج2ص636).

يحسن بي قبل الخوض في الحديث عن شروط حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ أن أمهّد ببيان معنى الشّرط.

فالشَّرْطُ في اللّغة من شَرَطَ يَشْرِطُ شَرْطًا وجمعه شُرُوطٌ، ويطلق الشّرط في اللّغة ويراد بها أحد معنيّين أساسيّين هما: **المعنى الأوّل**: العلامة[1]، ويكون بفتح الشّين والرّاء, و"الشَّرَطُ بفتحتين، العلامة والجمع أَشْرَاطٌ مثل سَبَب وأَسْبَاب, ومنه أشراط السّاعة"[2], يشير إلى قوله تعالى: (⌑♦♑⌧✍⬀ ③ ♦♌❒⇱❷⇑→☪♦③ ☎ ☪◘♦☝⬂⬄♦⬠ ☠⬃✂♦❸☡✍⌑♙♦✍ ♌❒🕮 ♦◘♦⇱☙❍❍☙☙✁ ⬩♦☜☽ ⬀☠←●❍▭ 🗐❼✵❄◘♙⬩⌑ 🗐 ☙⌧♑➔⮌✁♦❸⬁⌗❒🕮 ♦⬈✐♎⌧♊ ⇳⑨⬩☽⬩⌑ ☽♑☜⬩❶✁ ♊⌧♎✐⬈♦☜⬂☡✂☠⬀ ❶☡✍⬂❷♦⬕♑←☠⬀)[3]، **المعنى الثّاني**: إلزام الشّيء والتزامه[4], ويكون بفتح الشّين وسكون الرّاء, جاء في القاموس المحيط: "الشَّرْطُ إلزام الشّيء والتزامه في البيع ونحوه..."[5] يقال: شَرَطَ عليه كذا واشْتَرَطَ, وشَارَطَه على كذا, وتَشَارَطَا عليه, وهذا شَرْطِي وشَرِيطَتِي.

أمّا الشّرط في الاصطلاح الشّرعيّ فقد تناولته كتب أصول الفقه المتقدّمة منها والمعاصرة, واختلفت فيها العبارات[6]، وسأكتفي هنا بذكر تعريفين منها قصد بيان المعنى والتّمثيل له دون تفصيل، فقد عرّفه القرافيّ بقوله: "...وأمّا الشّرط فهو الّذي يلزم من عدمه العدم, ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته, ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره"[7]، وبيانه أنّ انعدام الشّرط يترتّب عليه انعدام المشروط، كانعدام الحوْل يترتّب عليه عدم وجوب الزّكاة, ولا يترتّب عن وجود الحوْل وجوب الزّكاة، لأنّها تجب بسببها وهو بلوغ النّصاب, ولا عدمها لأنّها تمتنع بالمانع وهو وجود الدّيْن، أمّا قوله: (لا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره) إشارة إلى أنّ المناسبة تكون في العلّة.

---

(1) انظر: ابن منظور، **لسان العرب**، ج7ص329؛ الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، ج2 ص368.

(2) الفيوميّ، **المصباح المنير**...ج1ص309.

(3) **سورة محمّد**، الآية18.

(4) ابن منظور، نفسه.

(5) نفسه.

(6) انظر: الغزالي، **المستصفى**...ج2ص180؛ (الشنقيطيّ) محمّد الأمين بن مختار(1393 هـ)، **مذكّرة أصول الفقه**، الدّار السلفيّة للنّشر والتّوزيع، الجزائر، ص43؛ عبد الوهّاب خلاّف، **أصول الفقه**، دار القلم، الكويت، 1976م، ص119؛ الخضري بك، **أصول الفقه**، ص61.

(7) **الفروق**(الفرق الثّالث بين الشّرط اللّغويّ وغيره من الشّروط العقليّة والشّرعيّة والعاديّة)، ج1ص173.

وبعبارة أكثر بساطة عرّف عبد الوهّاب خلاّف الشّرط بقوله:"ما يتوقّف وجود الحكم على وجوده ويلزم من عدمه عدم الحكم"، فإنّ الزوجيّة شرط لإيقاع الطّلاق، وإذا انتفت لم يوجد طلاق، ولا يلزم من وجودها وجوده. ثمّ قال: "وهكذا كلّ عقد أو تصرّف لا يترتّب عليه أثره إلاّ إذا توافرت شروطه"[1].

وقد انتهى الأستاذ سعيد فكره إلى تعريف جامع للشّرط[2]، وهو رغم طوله وكثرة عباراته واف في احتواء معاني الشّرط وملخّص لتعريفات الأصوليّين له، فيعرّفه بأنّه: "وصف ظاهر منضبط خارج عن ماهية وحقيقة المشروط، مكمّلا له يتوقّف عليه وجود الحكم، ويتوقّف عليه المؤثّر من حيث التّأثير لا من حيث الوجود، لا دخل له في التّأثير ولا الإفضاء، لا يشتمل على أيّة مناسبة في ذاته، يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود الحكم"[3]، وهو التّعريف الذّي أعتمده نظرا لجمعه ممّا سبق ذكره من معاني في التّعريفات السّابقة.

ويظهر ارتباط المعنى الاصطلاحيّ للشّرط بمعناه اللّغوي في أنّ الشّرط وُضع علامة سلبيّة للحكم بحيث أنّ عدمه يترتّب عنه عدم الحكم، وبينه وبين الحكم تلازم حيث يعتبر وجود الشّرط لازما لوجود الحكم.

ويبقى أن أشير أخيرا إلى أنّ الشّروط الشرعيّة نوعان، شروط وجوب وشروط صحّة، ومثال شرط الوجوب شرط دخول وقت الصّلاة لوجوبها، ومثال شرط الصحّة شرط الطّهارة لصحّتها[4]، فإنّ النّوع الأوّل الأوّل شرط للحكم التّكليفي بينما النّوع الثّاني شرط للحكم الوضعيّ المتمثّل في الصحّة، وحتّى يرتبط حديثي عن مفهوم الشّرط بما أنا قادم للحديث عنه وهو شروط صحّة الحكم القضائيّ، فإنّ شروط صحّته يُقصد بها ما تطلّب الشّرع توفّره حتّ يكون الحكم القضائيّ صحيحا، بحيث أنّ انعدام هذه الشّروط يترتّب عنه عدم صحّة الحكم القضائي، إلاّ أنّ وجودها لا يعني وجود الحكم، وهي بذلك شروط للحكم الوضعيّ المتمثّل في الصحّة.

(1) **أصول الفقه**، ص119.

(2) حيث استعرض تسعة عشر تعريفا للمتقدّمين من علماء أصول الفقه, وستّة عشر تعريفا للمعاصرين منهم، وتناولها جميعا بالشّرح والتّحليل والتّمثيل والنّقد (انظر: **نظريّة الشّرط عند الأصوليين**، ص142-187).

(3) نفسه، 190.

(4) الأمين الشنقيطي، **مذكّرة أصول الفقه**، ص43.

الفصل الأوّل

شروط صحّة الحكم القضائيّ وأثرها على حجّيته في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

إنّ كلّ ما يمكن أن يلحق الحكم القضائيّ من صفات وآثار مرهون ابتداء بصّحته، ولهذا فلا يتأتّى الحديث عن شروط حيازة الحكم القضائيّ للحجيّة إلاّ إذا افترضنا صحّة هذا الحكم، ولا يتحقّق هذا الشّرط الأساسيّ إلاّ بجملة شروط فرعيّة مبثوثة في كتب الفقه الشّرعيّ والفقه القانونيّ، كما تعنى التّشريعات ببيان ما يجب توفّره في الحكم حتّى يكون صحيحا ومعتبرا.

ولشرط صحّة الحكم القضائيّ تفريعات كثيرة ترتبط بموضوعات ولاية القضاء والدّعوى والمشروعيّة وإجراءات التّقاضي وغيرها، كما أنّ تعدادها وتفصيلاتها تختلف بين الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ، وهي ترتبط في القانون الوضعيّ بما يقرّره التّشريع من قواعد إجرائيّة وتنظيميّة، ولهذا فقد تعرّضت لها في كلّ من الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ في وقت واحد مع الاختصار قدر المستطاع لكثرة تفريعاتها وتشعّب مواضيعها، مع بيان أثرها على صحّة الحكم القضائيّ.

وقد اعتمدت في تقسيمها إلى مجموعات بحسب أركان القضاء كما يذكرها فقهاء الشّريعة، لما لهذا التّقسيم من فائدة عمليّة في حصر شروط صحّة الحكم القضائيّ، وهذه الأركان هي[1]: القاضي، المقضيّ له، المقضيّ عليه، المقضيّ به، المقضيّ فيه، كيفيّة القضاء، ولّما كان الحديث عن المقضيّ فيه وهو جميع الحقوق مؤجّلا إلى موضعه في الولاية الموضوعيّة للقضاء، فيمكن ضمّ شروط القاضي والمتقاضي (المقضيّ له والمقضيّ عليه) معا في مبحث واحد، كما يمكن ضمّ شروط المقضيّ به مع كيفيّة القضاء في مبحث واحد على اعتبار أنّ الأوّل يتعلّق بشروط المقضيّ به من حيث مضمونه والثّاني يتعلّق بشروطه من حيث إصداره وصيغته.

ولّما كانت غاية استعراض هذه الشّروط هو بيان مدى تأثير وجودها وانعدامها على حجيّة الأحكام فقد ختمت هذا المبحث ببيان أثر اعتبار شروط صحّة الحكم القضائيّ على حجيّته وجودا وعدما، فتلخّص لي الفصل في ثلاثة مباحث على النّحو التّالي:

المبحث الأوّل: شروط القاضي والمتقاضي في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المبحث الثّاني: شروط المقضيّ به في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المبحث الثّالث: أثر اعتبار شروط صحّة الحكم القضائيّ على حجيّته في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

---

(1) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص21؛ الطّرابلسيّ، **معين الحكّام**...ص13؛ علي حيدر، **درر الحكّام**...ص571، وعدّ الأركان في ستّة جار على منهج الجمهور من أنّ الرّكن هو ما يتوقّف عليه وجود الشّيء وإن كان خارجا عن ماهيته (انظر: الزّرقا، **المدخل الفقهيّ العامّ**، ج1ص321)، أمّا على منهج الحنفيّة فإنّ ركن القضاء هو ما يدلّ عليه من قول أو فعل، بمعنى الصّيغة الّتي صدر بها الحكم (انظر: (ابن نجيم) زين الدّين بن إبراهيم بن محمّد بن بكر (ت970هـ)، **البحر الرّائق شرح كتر الدّقائق**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، 1993م، ج6ص277).

المبحث الأوّل: شروط القاضي والمتقاضي في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يمثّل القاضي والمتقاضي الركنين الأساسيين في وجود العمل القضائيّ، ويُشترط فيهما شروط حتّى يصحّ الحكم القضائيّ الّذي يصدره الأوّل منهما للثّاني أو عليه في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ، وبناء على ذلك فيمكن التعرّض لهذا المبحث في مطلبين أساسيين هما:

المطلب الأوّل: شروط القاضي في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الثّاني: شروط المتقاضي في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الأوّل: شروط القاضي في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يمكن تقسيم شروط القاضي في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ إلى شرطين أساسيين يتعلّق الأوّل بتأهّل القاضي لمنصب القضاء، ويتعلّق الثّاني بكونه مولّى لمباشرة هذه الوظيفة، ولهذا فيمكن التعرّض لهذا المطلب في فرعين هما:

الفرع الأوّل: تأهّل القاضي لمنصب القضاء في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الثّاني: ولاية القاضي في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: تأهّل القاضي لمنصب القضاء في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

أوّلا: تأهّل القاضي لمنصب القضاء في الشّريعة الإسلاميّة.

المقصود هنا هو الوقوف على شروط صحّة الولاية، وهي كالتّالي:

1. الإسلام. لا خلاف بين الفقهاء في اشتراط الإسلام لتوليّ القضاء بين المسلمين، بحيث لا يجوز لغير المسلم تولّي القضاء في الإسلام بين المسلمين[1]، ومن أظهر ما استدلّوا به قوله تعالى: (...❒◆🙤•♊ ⑥•♑⬂➔⍄✍• ✁✍✎✦ 🙤♋♉✉🕔✉▤•🕔▣▦♉❷▩⇦×♦ ⬁♦✍■❼
✁✍✃⇨☼⬅•⬀✌♉☪♉✓×♦ ☹⍄⌛♉⓿☒🕑)[2].

فإنّ الآية نفت السّبيل للكافرين على المؤمنين، والقضاء سبيل عظيم[3]، ولأنّ الفاسق المسلم ممنوع من القضاء، فأولى أن لا يلي الكافر[4] ولأنّ القصد من القضاء في الإسلام هو تطبيق الأحكام الشرعيّة والكافر غير مؤمن بها فكيف له أن يحرص على تطبيقها.

---

(1) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص21؛ (ابن جزي) أبو القاسم محمّد بن أحمد الكلبيّ الغرناطيّ(741هـ)، **القوانين الفقهيّة**، منشورات دار الكتاب، الجزائر، 1408هـ-1987م، ص233؛ الحطّاب، **مواهب الجليل**...ج6 ص87؛ ابن رشد أبو الوليد محمّد بن أحمد بن محمّد بن أحمد القرطبيّ (ت520هـ)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، دار الشريفة، الجزائر، ج2 ص449؛ الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4 ص515؛ الماوردي، **الأحكام السلطانيّة**...ص129؛ الفراء، **الأحكام السلطانيّة**، ص61؛ ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**...ج5 ص4؛ الكاساني، **بدائع الصنائع**...ج7 ص3؛ السمناني، **روضة القضاة**...ج1 ص52؛ (ابن حزم) أبو محمّد عليّ بن أحمد بن سعيد (ت456هـ)، **المحلّى بالآثار**، تحقيق محمّد منير الدّمشقيّ، دار الاتّحاد العربيّ للطّباعة، ط2، 1390هـ-1970م، ج10 ص509؛ أطفيش، **شرح كتاب النّيل**...ج13 ص22.

(2) **سورة النّساء**، الآية 141.

(3) انظر: الماوردي، نفسه.

(4) انظر: الفرّاء، نفسه.

وقد أجاز الحنفيّة تولية غير المسلم القضاء بين غير المسلمين، بل صحّحوا تقليد الكافر القضاء، وإن لم يصحّ قضاؤه على المسلم حال كفره[1].

2. كمال الأهليّة. يتضمّن اشتراط البلوغ والعقل في القاضي، وهذا شرط متّفق عليه، فلا تصحّ ولاية القضاء لصبي ولا مجنون[2]، وذلك لأنّ غير البالغ وغير العاقل ليسا مكلّفين في نظر الشّريعة، فإنّ الصبيّ والمجنون لا يتعلّق بقولهما على نفسيهما حكم، فكيف يتعلّق به حكم على غيرهما[3] ولا يليان على نفسيهما فأولى أن لا يليا على غيرهما[4].

ويزيد المالكية[5] والشافعيّة[6] زيادة في اشتراط العقل وهو أن لا يكتفي بالعقل المشترط في التّكليف بل يجب أن يكون صحيح التّمييز، جيّد الفطنة، لا يغفل عن حيل الشّهود والخصوم، بعيدا عن السّهو والغلط.

3. الحرّية. الحريّة بمعنى نقيض الرقّ، وهو نظام بائد فلم يعد بحثه تُجنى منه فائدة عمليّة[7].

4. سلامة الحواسّ. المقصود بها سلامة حاسة السّمع من الصّمم وحاسة البصر من العمى واللّسان من البكم[8]، وعامّة الفقهاء على اشتراط سلامة الحواسّ لصحّة تولية القضاء وصحّة الأحكام[9]، فلا تجوز تولية أصمّ ولا أعمى ولا أخرس.

---

(1) انظر: ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**...ج5 ص354.

(2) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص21؛ ابن جزي، **القوانين الفقهيّة**، ص232؛ ابن رشد، **بداية المجتهد**..ج2 ص449؛ الماوردي، **الأحكام السلطانيّة**، ص128؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3 ص463؛ السّمناني، **روضة القضاة**، ج1 ص52؛ الكاساني، **بدائع الصنائع**... ج7 ص3؛ ابن عابدين، نفسه، ج5 ص355.

(3) انظر: الماوردي، نفسه.

(4) انظر: الفرّاء، **الأحكام السلطانيّة**، ص61.

(5) انظر: ابن فرحون، نفسه.

(6) انظر: الماوردي، نفسه.

(7) تكفي الإشارة إلى أنّ الجمهور اشترطوا الحرّيّة على اعتبار أنّ العبد لا يملك التصرّف في نفسه فمن باب أولى لا يتصرّف في غيره (انظر: ابن فرحون، نفسه؛ ابن جزي، نفسه؛ ابن رشد، نفسه؛ الحطّاب، **مواهب الجليل**...ج6 ص87؛ الماوردي، نفسه، الكاساني، نفسه؛ ابن نجيم، **البحر الرائق**...ج6 ص280؛ وذكر ابن رشد أنّه شرط لا خلاف فيه (نفسه)، وذهب بعض الحنابلة إلى جواز توليه العبد القضاء بإذن سيده (انظر: المرداوي، **الإنصاف**...ج11 ص176)، واختار الظّاهريّة جواز توليته القضاء مطلقا لأنّ الآيات المتعلقة بالقضاء أمرت بالعدل مطلقا دون تفريق بين سيّد وعبد (انظر: ابن حزم، **المحلّى**...ج10 ص633)

(8) انظر: ابن فرحون، نفسه.

(9) وقد حكى القاضي عياض المالكيّ الإجماع على اشتراط سلامة السّمع والبصر (انظر: ابن فرحون، نفسه، ج1 ص22).

وإليه ذهب الحنفيّة[1] والشافعيّة[2] وجمهور الحنابلة[3] واختلف القول عند المالكيّة[4]، فجعلها بعضهم بعضهم شرطا في صحّة التّولية، وجعلها البعض سببا لفسخها واقتضاء العزل ورأوا أنّه ينفذ ما مضى من أحكامه إلى حين العزل ولو كانت موجودة من حين الحكم، ورأى بعض الحنابلة[5] جواز ولاية الأعمى.

5. العدالة. العدالة في اللّغة عكس الجوْر وتعني الاستقامة[6]، أمّا في الاصطلاح فقد عُرّفت بأنّها:"هيئة راسخة في النفس تحثّ على ملازمة التّقوى باجتناب الكبائر وتوقّي الصّغائر والتّحاشي عن الرذائل المباحة"[7]، ويتميّز هذا التّعريف بالتّركيز على حقيقة العدالة وهي الهيئة الرّاسخة في النّفس الباعثة على مقتضيات ثلاث هي اجتناب الكبائر وتوقّي الصغائر وتحاشي الرّذائل المباحة[8].

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط العدالة لصحّة تولية القضاء، فاشترطها جمهورهم بحيث جعلوا عدمها يقتضي الانفساخ ولا تنفذ أحكامه[9]، كما جعلوا حدوث الفسق بعد تقلّد منصب القضاء بناء على العدالة

---

(1) انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**...ج7 ص3؛ ابن نجيم، **البحر الرائق**...ج6 ص280؛ ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**...ج5 ص359.

(2) انظر: الماوردي، **الأحكام السلطانيّة**... ص129؛ الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4 ص375.

(3) انظر: الفرّاء، **الأحكام السلطانية**... ص61.

(4) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص21؛ الحطّاب، **مواهب الجليل**...ج6 ص99، وقد نسب الماوردي إلى الإمام مالك أنّه جوّز ولاية القضاء للضرير (انظر: نفسه) وقد رفض بعض المحقّقين من المالكيّة هذه النّسبة، قال ابن فرحون: "وذلك غير معروف، ولا يصحّ عند مالك" (نفسه، ج1ص22)

(5) انظر: المرداوي، **الإنصاف**...ج11 ص177.

(6) انظر: الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، ج4 ص13.

(7) ابن فرحون، نفسه، ج1 ص185، وعرّفها الشافعيّة بقولهم: "العدالة أن يكون صادق اللّهجة ظاهر الأمانة عفيفا عن المحارم متوقّيا المآثم المآثم بعيدا من الرّيب مأمونا في الرضا والغضب مستعملا لمروءة مثله في دينه ودنياه" (الماوردي، نفسه)، وعرّفها الحنفيّة بأنّها اجتناب الكبائر وأداء الفرائض وغلبة الحسنات على السيئات(انظر: الكاساني، نفسه، ج6 ص268)، وعرّفها الحنابلة بأنها صلاح الدّين مع اعتدال الأقوال والأفعال (انظر: (القاريّ) أحمد بن عبد الله، **مجلّة الأحكام الشرعيّة**، تحقيق عبد الوهّاب إبراهيم أبو سليمان ومحمّد إبراهيم أحمد عليّ، مطبوعات تهامة، جدّة، السعوديّة، ط1، 1401هـ-1981م، ص624).

(8) والباحث في مقتضيات العدالة يدرك أنّ هذا التّعريف جمعها بشكل دقيق، وأوفى في تعريفها مَخبرا ومظهرا فيكون خليقا بالاعتماد، (انظر: القرافي، **الذّخيرة**، ج10ص201-216؛ الحطّاب، نفسه، ج6ص151-152؛ الماوردي، **الحاوي**...ج20 ص161-163؛ الشّربيني، نفسه، ج4ص427-432؛ ابن قدامة، **المغني**، ج12ص29-34؛ المقدسيّ، **العدّة**... ص579؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، **ج3** ص546-550؛ ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج7 ص414-420؛ المرغيناني، **الهداية**...ج7ص414).

(9) انظر: **حاشية الدّسوقي**، ج4 ص129؛ الحطّاب، نفسه، ج6 ص87؛ الشّربيني، نفسه، ج4 ص375؛ الشّيرازي، **المهذّب**...ج2 ص290؛ الماوردي، نفسه، ج20 ص223؛ المرداوي، نفسه؛ المقدسيّ، نفسه، ص525؛ ابن قدامة، نفسه، ج11 ص380؛ البهوتي، نفسه، ج3 ص464.

سببا للانعزال وانفساخ عقد التّولية ووجوب العزل من الحاكم، وهذا أمر يترتّب على قولهم باشتراط العدالة لصحّة التّقليد ونفوذ الأحكام[1]، وأجاز الحنفيّة[2] تولية الفاسق القضاء إلاّ أنّه لا ينبغي تقليده، فالعدالة عندهم عندهم شرط كمال وأولويّة، وتنفذ قضاياه ما لم يجاوز فيها حدّ الشّرع، إلاّ أنّهم منعوا توليـــة المحـــدود في القذف القضاء قياسا على منعه من الشّهادة[3].

من أظهر ما استدلّ به الجمهور في اشتراط عدالة القاضي لتصحّ توليته قوله تعالى: ♌⚞☽ ☎✂☑❑⇱☪♦👌✂♦⬈ ♦✖⇦♉🔔⅄✏👓✂ 👓◘🙵❦⑨❑🕯✵🕓♦③)
☎✂☑❑⇱✡❑❹♦⌛♦☝⬩▫ 💻✉♦⌛♦♈⚞📪 ⌨📭⮰♋👓⬩▫ ⬄🏳⬈📬♦⬈✏🔔⍓♊
⌨🕯⬩✂🕓⍓♑◘♑🕘🗎 👓☺👌⬀❑⬩🔔 ☎✂❑⬅⌨⑩⮰🕚➔✍ ♌❑🕮
⬄🏳⬅☞▫🖫⍓➔⬩▫ 👓♦👌 🗐❼■✍♦⇱ ☎✂❑⇦⬩⚞⌛⬄🕚⬅☝⬩▫
☼♦🕓⑨♉👌♉✓✖♦)[4] فإنّ الإلزام بالتبيّن يقتضي عدم الاحتجاج بنبئه وشهادته، فمن باب أولى أن لا يكون قاضيا،خاصّة وأنّ الشّاهد لا يُلْزِم الخصوم بالحكم خلافا للقاضي[5]، كما قالوا أنّ القضاء طريق الأمانات والفاسق متّهم في دينه[6].

وتمسّك الأحناف بأنّ الفساد في تولية القاضي غير العدل لمعنى في غيره فلا يمنع جواز تقليده القضاء في نفسه[7].

وقد ذهب متأخّرو الشّافعية إلى أنّه إذا وُلّي الفاسق فلابدّ من تنفيذ أحكامه للضّرورة[8]، كما اشترطوا العزل من الحاكم بحيث لا يكون حدوث الفسق بعد التّولية سببا للانعزال[1]، وأجاز بعض المالكيّة إمضاء ما وافق الحقّ ووجه الحكم من قضاء غير العدل بناء على قولهم بأنّ ولايته تصحّ ويجب عزله[2].

---

(1) انظر: القرافي، **الذّخيرة**، ج10ص16؛ الحطّاب، **مواهب الجليل**...ج6 ص87؛ ابن أبي الدم، **أدب القضـــاء**، ص72؛ المـــاوردي، **الحاوي**، ج20 ص223.

(2) انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**...ج7 ص3؛ ابن الهمام، **شرح فتح القدير**...ج7 ص253، وقال ابن عابدين: "هو ظاهر المـــذهب عندنا" (**حاشية ردّ المحتار**...ج5 ص356) إلاّ أنّهم قالوا: "... لكن لا ينبغي أن يُقلّد الفاسق، لأنّ القضاء أمانة عظيمة، وهي أمانة الأموال والأبضاع والنّفوس، فلا يقوم بوفائها إلاّ من كمل ورعه وتمّ تقواه، إلاّ أنّه مع هذا لو قُلّد جاز التّقليد في نفسه وصار قاضيا" (الكاســـاني، نفسه)

(3) انظر: ابن الهمام، نفسه؛ المرغناني، **الهداية**...ج3 ص112؛ الزّيلعي، **تبيين الحقائق**...ج4ص175.

(4) **سورة الحجرات**، الآية 6.

(5) انظر: المقدسيّ، **العدّة**، ص525.

(6) انظر: الفرّاء، **الأحكام السلطانيّة**، ص61.

(7) انظر: الكاساني، نفسه.

(8) انظر: ابن أبي الدّم، نفسه، ص73؛ النّووي، **المنهاج** بشرح السّراج الوهّاج، ص377.

والحقيقة أنّه رغم قوّة حجج الجمهور فإنّ للحنفية وجهة نظر يسندها الواقع، فإنّ المتقدّمين جعلوا العدالة شرطا لصحّة التّولية وسببا للانعزال في زمن استقام فيه حال الحكّام والقضاة والنّاس على السّواء، ولهذا كان الأصوب مراعاة لواقع الحال وتحقيقا لمقاصد الشّريعة بما في الإمكان تصويب رأي الأحناف خاصّة وأنّهم يقولون إذا كان في الرعيّة عدل عالم فلا يحلّ تولية من ليس كذلك، ولكن إن ولي صحّت توليته[3] وقولهم هذا كان منعا للفتن والخروج على الحكّام[4].

6. العلم بأحكام الشّريعة. المقصود بالعلم بأحكام الشّريعة كشرط للقاضي هو معرفة ما يلزمه لإصدار الحكم في المسألة المقضيّ فيها على نحو موافق للشّريعة، ولا يتأتّى له ذلك إلاّ إذا تمكّن من أصولها وارتاض على فروعها[5]، وقد اختلف الفقهاء في اشتراط العلم بأحكام الشّريعة وبلوغ درجة الاجتهاد، فذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط الاجتهاد لتولّي القضاء، خاصّة المتقدمون من أصحاب المذاهب[6]، وقد رتّب

---

(1) انظر: ابن أبي الدم، نفسه.

(2) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص21.

(3) ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج7 ص253؛ المرغيناني، **الهداية**، ج3 ص112؛ الزيلعي، **تبيين الحقائق**...ج4 ص175؛ الكاساني، **بدائع الصنائع**...ج7 ص3.

(4) إنّ الأخذ بقول الجمهور بانعزال القاضي بمجرّد فسقه يعني توقّفه عن أداء مهمّة القضاء وعدم نفوذ أحكامه، ومثل هذا الكلام حتّى إن صحّ من النّاحية النظريّة فإنّه سيوقع اضطرابا كبيرا خاصّة وأنّ الحياة المعاصرة تفرض سلوك إجراءات محدّدة تقتضي علم الجهة المخوّلة بالعزل واقتناعها بضرورة عزله وعزله فعلا، فيكون الأصوب مراعاة لواقع الحال وتحقيقا لمقاصد الشّريعة تصويب رأي الأحناف قي عدم انعزال القاضي الفاسق، ووجوب عزله من طرف الحاكم، وذلك لأنّ أسباب القضاء ظاهرة وأعيان القضاة قليل، ويمكن تتبّع القضاة فيما حكموا به، ومعرفة مدى مطابقة ذلك للحقّ، وردّ قضائهم المخالف، بينما القول بعدم صحّة توليتهم وانعزالهم بفسقهم إيقاظ للفتنة وتعطيل للمصالح والتّصرفات الموافقة للحقّ والتي يحتاجها النّاس ولا يستغنون عنها.

(5) انظر: الماوردي، **الأحكام السلطانيّة**... ص130، وقد حدّده العلماء بالعلم بأصولها الأربعة: القرآن، السنّة، الإجماع، القياس (انظر: الشّربيني، **مغني المحتاج**... ج4ص376؛ الزّيلعي، نفسه، ج4ص176) وقد يذكر العلماء غير هذه الأربعة إلاّ أنّها في النّهاية مندرجة ضمنها، وغاية من اقتصر على الأربعة أنّه ذكر ما يجمع ويتضمّن تلك الشّروط ولو على سبيل كونها وسائل للأصول الأربعة، كالعلم بلسان العرب واختلاف الفقهاء في المسائل (انظر: ابن أبي الدّم، **أدب القضاء**، ص75)

(6) انظر: مالك بن أنس، **المدوّنة**، ج4 ص78؛ الباجي، **فصول الأحكام**...ص129؛ **حاشية الدّسوقي**، ج4 ص129؛ الحطّاب، **مواهب الجليل**...ج6 ص89؛ الشّربيني، **مغني المحتاج**... ج4 ص375؛ الشّيرازي، **المهذّب**...ج2 ص290؛ المقدسيّ، **العدّة**... ص525؛ ابن قدامة، **المغني**، ج11 ص382؛ المرداوي، **الإنصاف**...ج3 ص177؛ والمتتبّع لأقوال الفقهاء يجد أنّهم تساهلوا في اشتراط الاجتهاد، فقد حكى ابن رشد الجدّ في المقدّمات عن المذهب المالكيّ أنّ شرط العلم في القاضي من الصّفات المستحسنة (انظر: **بداية المجتهد**...ج2 ص449)، كما أنّ جمهور الفقهاء قبلوا قضاء المقلّد رغم أنّهم فضّلوا كونه مجتهدا، واستقرّ ذلك عند المتأخّرين خاصّة (انظر: **حاشية الدّسوقي**، ج4 ص129؛ ابن أبي الدم، نفسه، ص76؛ البهوتي، **كشاف القناع**...ج6 ص290) وأجاز جمهور المالكيّة قضاء المقلّد

الجمهور على اشتراطهم للاجتهاد لتولّي القضاء القول بأنّ ولاية غير المجتهد باطلة، وأحكامه مردودة غير صحيحة وإن وافقت الصواب[1]، بينما ذهب جمهور الحنفيّة إلى أنّ العلم بأحكام الشّريعة شرط ندب واستحباب، كما أنّ بلوغ القاضي درجة الاجتهاد شرط أولويّة لأنّ غير العالم بأحكام الشّريعة يمكن أن يقضي بعلم غيره، ولو قُلّد الجاهل جاز قضاؤه، ومع هذا فلا ينبغي تقليده لأنّه يفسد أكثر ممّا يصلح، ويقضي بالباطل من حيث لا يشعر[2].

وقد استدلّ جمهور الفقهاء خاصّة المتقدّمون منهم على اشتراط بلوغ درجة الاجتهاد لتولّي القضاء بأدلّة أظهرها النّصوص العامّة التي تأمر بالحكم بما أنزل الله تعالى، ولا يتمّ ذلك إلاّ بالعلم والاجتهاد من ذلك قوله تعالى: (❒◆📖❒♌ ✂☞❍⇳▤↗☠ ✉♦❹⬃☪◆♒⊻☠ ✉☜☺⌧☞✍ 📖❒☼❽♦✌♦ ✂☞✍✦...)[3] فإنّ العلم بما أنزل الله هو ما يُعرف به وجه القضاء[4]، وقوله ﷺ: **"القضاة ثلاثة واحد في الجنّة واثنان في النّار فأمّا الّذي في الجنّة فرجل عرف الحقّ فقضى به، ورجل عرف الحقّ وجار في الحكم فهو في النّار ورجل قضى للنّاس على جهل فهو في النّار"**[5] فإنّ معرفة الحقّ والقضاء به تتطلّب العالم المجتهد، وغاية الجاهل العاقل التوقّف عند كلّ خصومة ترد عليه وملازمة سؤال أهل العلم والأخذ بما يقولون دون معرفة حقّها من باطلها، وهذا غير ما قصده الحديث[6]، وأنّ الجاهل لا يجوز له أن يفتي وهو لا يلزم النّاس بفتواه، فمن باب أولى لا يجوز له أن يحكم ويقضي بينهم لأنّه يلزمهم الحكم[7].

ولو مع وجود المجتهد المطلق أو أفضل مقلّد، وهو المعتمد في المذهب (انظر: **حاشية الدّسوقي**، ج4 ص129) وقال المرداوي الحنبلي: "وعليه العمل من مدّة [يقصد قضاء المقلّد] وإلاّ تعطلت الأحكام" (نفسه، ج11 ص178).

(1) انظر: الماوردي، **الأحكام السلطانيّة**...ص130؛ الفرّاء، **الأحكام السلطانيّة**، ص62.

(2) الكاساني، **بدائع الصنائع**...ج7 ص3؛ ابن الهمام، **شرح فتح القدير**...ج7 ص256؛ نظّام وجماعة، **الفتاوى الهندية**، ج3 ص307، والجدير بالملاحظة هنا أنّ المراد بالجاهل عند الحنفيّة هو من تلبّس بالعلم والفقه في الجملة ولم يبلغ درجة الاجتهاد، وقيل المراد بالجاهل المقلّد مطلقا عالما كان أو جاهلا (انظر: ابن الهمام، نفسه، ج7 ص257؛ المرغيناني، **الهداية**...ج3 ص112).

(3) **سورة المائدة**، الآية 49.

(4) انظر: الباجي، **فصول الأحكام**...ص129.

(5) أخرجه أبو داود عن أبي بريدة عن أبيه، السّنن، كتاب الأقضية، ج2 ص113؛ ابن ماجه، صحيح سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، ح2315، قال الألباني: "صحيح" (انظر: محمّد ناصر الدّين، **صحيح سنن ابن ماجه**، مكتب التّربية العربيّ لدول الخليج، ط1، 1408 هـ - 1988م، ج2 ص34).

(6) انظر: الشّوكاني، **نيل الأوطار**...ج9 ص169.

(7) الشّيرازي، **المهذّب**...ج2 ص290.

بينما تمسّك الحنفيّة بأمور أهمّها ما رُوي عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: "أنفذني رسول الله ﷺ إلى اليمن وأنا حديث السنّ، فقلت: تنفذني إلى قوم ولا علم لي بالقضاء؟ فقال: "إنّ الله سيهدي لسانك ويثبّت قلبك" فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك"[1] فإنّ عليّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لم يكن مجتهدا، ومع هذا فقد ولاّه النبي ﷺ القضاء[2]، كما تمسّكوا بـأنّ غاية القضاء هو فصل الخصام وإيصال الحقّ إلى مستحقّه، وهو يتّفق بالتّقليد والاستفتاء، كما أنّ الحديث السّابق ذكره سمّى الجاهل قاضيا، ولولا أنّ التّولية تصحّ لما سمّاه قاضيا[3]، كما أنّ الجاهل يقدر على القضاء بعلم غـيره، فكـان تقليده جائزا في نفسه، فاسدا لمعنى في غيره، والفاسد لمعنى في غيره يصلح للحكم عندهم[4].

والحقيقة أن المتأمّل في أدلّة الفريقين يدرك أصالة ما اعتمده الجمهور ووجاهته من حيث النّصّ والمنطق، فـإنّ أهمّ ما يُشترط في الحاكم (القاضي) لكي يحسن أداء مهمّته أن يكون عالما بما يحكم، فإنّ هدف الشّرع ليس مجـرّد الفصل بين النّاس، وإلزامهم الأحكام والبتّ في شؤونهم، بل إنّ الهدف الحقيقيّ هو إلـزامهم بأحكـام الشّـريعة وانصياعهم لها وهو ما ورد صريحا في النّص السّابق في قوله تعالى: (❐◆🕮❐♌ ✂ ✍○⇳▤➚☠ ✂✍🕮❐☼❽♦✌♦ ✂✍⍓☺⍓✍ ☠⇲⋙◆☪⍓❹♦✍ ...)[5] وهـو ما لا يتأتّى إلاّ بالإحاطة بأحكام الشّريعة.

كما أنّ ما اعتمده الأحناف من كون الحديث سمّاه قاضيا ممّا يدلّ على صحّة التّولية لا مُتَمسّك فيـه، إذ أنّ الحديث بيّن مآل من هذا حاله وهو النّار والعياذ بالله، وما تمسّكوا به من حادثة تولية النّبيّ ﷺ لعليّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وهو لا علم له بالقضاء لا متمسّك به، لأنّ النبيّ ﷺ خصّه بالدّعاء، فكأنّما رُزق أهليّة الاجتهاد، ورُزق الصّواب به، وهو غاية طلب الاجتهاد في القضاة، وهو ردّ ذكره الحنفيّة أنفسهم[6].

وخلافا لقول الأحناف فإنّ رأي متأخري الجمهور القائل بمشروعيّة تولي القضاء للمقلّد للحاجة وعدم التمسّك بالاجتهاد شرطا لازما لصحّة التولية كما ذكره المتقدّمون رأي وجيه وسديد بالنّظر إلى واقع الزّمان

---

(1) أخرجه أبو داود، كتاب الأقضية، ح3111، ج2 ص114، وأخرجه التّرمذي (انظر: (المباركفوري) أبو العلا محمّد عبد الرّحمان بن عبد الرحيم (ت 1353 هـ)، **تحفة الأحوذيّ شرح جامع التّرمذيّ**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط1، 1410 هـ–1990م، كتاب الأحكام، ح1346، ج4 ص467، قال التّرمذي: "هذا حديث حسن" ولفظه: روى عليّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قـال: "بعثني رسول الله إلى اليمن قاضيا، فقلت يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السنّ، ولا علم لي بالقضاء، فقال: إنّ الله سيهدي قلبك، ويثبّت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأوّل فإنّه أحرى أن يتبيّن لك القضاء. قال : فما زلت قاضيا، أو ما شككت في قضاء بعد"

(2) انظر: المرغيناني، **الهداية**...ج3 ص112؛ ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج7 ص257؛ الزّيلعي، **تبيين الحقـائق**...ج4 ص176؛ البابرتي، **شرح العناية على الهداية**، ج3 ص113.

(3) الزيلعي، نفسه.

(4) انظر: ابن الهمام، نفسه، ج7 ص256؛ الكاساني، **بدائع الصنائع**...ج 7 ص3.

(5) **سورة المائدة**، الآية 49.

(6) انظر: ابن الهمام، نفسه، ج7ص258.

وندرة المجتهدين حفظا للمقصد وهو الإلزام بأحكام الشّريعة بأقصى الوسائل، وهو مذهب أنجبته الحاجة لمّا خلت أو كادت تخلو الأزمنة من المجتهدين المطلقين ومجتهدي المذاهب حتّى لا تتعطل الأحكام بسبب ذلك.

فإنّ القضاء مصلحة اجتماعيّة دائمة وملحّة، واشتراط الاجتهاد مع انعدام أهلــه دعــوة إلى تعطيــل الاحتكام للشّريعة وفتح للاحتكام لغيرها من الأنظمة الوضعيّة، ولهذا لزم القول بصحّة تولية المقلّــد ونفــوذ حكمه.

7. الذّكورة. لم يكتف الفقهاء عامّة بشرط كمال الأهليّة، بل اشترطوا كون القاضي ذكــرا بحيث منعوا قضاء المرأة، فقد ذهب جمهور الفقهاء من مالكيّة[1] وشافعيّة[2] وحنابلة[3] إلى عدم جواز تولّي المــرأة منصب القضاء على اعتبار أنّ الذّكورة شرط لصحّة الحكم[4]، وذهب الحنفيّة إلى جواز تولّي المرأة منصــب القضاء فيما لها فيه أهليّة الشّهادة، أي في الأموال، في غير الجنايات والحدود[5]، ورأى ابن حــزم الظّــاهريّ[6] جواز قضاء المرأة في كلّ شيء[7]، وهو رأي مروّي عن ابن جرير الطّبريّ[8].

وقد علّق ابن العربيّ[9] بقوله:"و لم يصحّ ذلك عنه"[10].

استدلّ الجمهور بقوله تعــالى([illegible] ...)[11]

---

(1) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص21؛ ابن جزي، **القوانين الفقهيّة**...ص232؛ ابن رشد، **بداية المجتهد**...ج2 ص449.

(2) انظر: الماوردي، **الأحكام السلطانيّة**... ص128؛ الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4 ص375.

(3) انظر: الفرّاء، **الأحكام السلطانيّة**، ص60؛ ابن قدامة، **المغني**، ج10 ص36.

(4) انظر: ابن رشد، نفسه.

(5) انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**...ج7 ص3.

(6) هو أبو محمّد عليّ بن أحمد بن سعيد بن حزم القرطبيّ، كان شديد الحفظ والذّكاء، ابتدأ شافعيّا ثم انتقل إلى القول بالظّــاهر، ونفــى القول بالقياس، كان شديد التحرّي للصدق، كثير التّحامل على المخالفين حتّى قال ابن العريف: "كان لسان ابن حزم وســيف الحجــاج شقيقين"، توفّي سنة 456 هجريّة، من مصنفاته "الإحكام في أصول الأحكــام في أصــول الفقــه" (انظــر: ابــن العمــاد، **شــذرات الذّهب**...ج3ص299)

(7) انظر: ابن حزم، **المحلّى**...ج10 ص631.

(8) انظر: ابن رشد، نفسه.

(9) هو محمّد بن عبد الله بن محمّد بن أحمد المعافريّ الأندلسيّ المالكيّ المعروف بابن العربيّ، ولد سنة 468 هجريّة، جمع بين علوم الحديث الحديث والفقه والأصول، توفّي سنة 543 هجريّة، من مؤلّفاته "شرح الجامع الصّحيح للتّرمذي" و"الإنصاف في مسائل الخلاف" (انظــر: عمر رضا كحّالة، **معجم المؤلّفين**، دار إحياء التّراث العربيّ، بيروت، لبنان، ج10ص 242).

(10) **أحكام القرآن**، ج3 ص1457.

(11) **سورة النّساء**، الآية 34.

وهذا التّفضيل فسّره الماوردي[1] بأنّه زيادة في العقل والرّأي فلم يجز لها القوامة على الرّجال بتولّيها منصب القضاء[2]، وشاهده ما قضى به الشّرع من نقص في الشّهادة من المرأة[3]، كما قاس الجمهور تولّيها القضاء على تولّيها الإمامة الكبرى بجامع كونها ولاية عامة، وهذا لقوله ﷺ: **"لن يفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة"**[4]، فإنّ الحديث يتضمّن نهيا عن تولّي المرأة شؤون وأمور القوم، فيُقاس عليه القضاء لأنّه نوع من تولّي شؤون النّاس[5]، وزادوا على ذلك أنّ المرأة لا يصلح لها أن تبرز إلى المجالس وتخالط الرّجال وتفاوضهم، خاصّة خاصّة وأنّ مجلس القضاء تكثر فيه المفاوضات واللّجج وهي مأمورة بالتستّر[6]، وربما كان في كلامها أو صورتها فتنة.

وتمسّك الأحناف بأنّ المرأة من أهل الشّهادات في الجملة فصحّ منها القضاء، لأنّ أهلية القضاء تدور مع أهليّة الشّهادة، إلاّ ما لم تصحّ شهادتها فيه فلا يجوز فيه قضاؤها وهي الحدود والقصاص[7].

واستدلّ ابن حزم على رأيه بقوله ﷺ:**"المرأة في بيت زوجها راعية، وهي مسؤولة عن رعيتها"**[8]، فإنّ الحديث أثبت لها قدرتها على الولاية على أهلها، كما استدلّ بما روي عن عمر رضي الله عنه أنّه ولّى امرأة السّوق، فإنّ ذلك من الولاية على النّاس[9]، كما نقل ابن رشد[1] أنّهم تمسّكوا بأنّ الأصل هو أن كلّ ما يتأتّى يتأتّى من الفضل بين النّاس فحكمه جائز فكان جائزا حكم المرأة[2].

---

(1) هو أبو الحسن عليّ بن محمّد بن حبيب البصريّ، كان يبيع ماء الورد فسمي بالماوردي، أقضى القضاة، كان عالما في التّفسير والأصول والأصول والفقه، ولي قضاء بلاد كثيرة، اتّهم بالاعتزال، توفّي سنة 450 هجريّة، من مؤلّفاته "الحاوي في الفقه" و"أدب الدّنيا والدّين" (انظر: ابن العماد، **شذرات الذّهب**...ج3ص235؛ الذّهبيّ، **سير أعلام النّبلاء**، ج17ص17)

(2) انظر: **الأحكام السلطانيّة**...ص128.

(3) انظر: الفرّاء، **الأحكام السلطانيّة**، ص60.

(4) أخرجه البخاري عن أبي بكرة ، **الجامع الصحيح**، كتاب الفتن، ح6945، ج14ص555.

(5) انظر: (ابن العربيّ) أبو بكر محمّد بن عبد الله (ت543هـ)، **أحكام القرآن**، تحقيق عليّ محمّد البجاوي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج3 ص 1457؛ ابن رشد، **بداية المجتهد**...ج2 ص449.

(6) انظر: ابن العربي، نفسه، ج3 ص1458.

(7) انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**...ج7 ص3.

(8) أخرجه البخاري عن ابن عمر رضي الله عنه، **الجامع الصحيح**، كتاب الاستقراض، ح2367، ج5ص351.

(9) انظر: **المحلّى**...ج10 ص631.

والحقيقة التي يلمسها المطّلع على أقوال الفقهاء في مسألة تولّي المرأة القضاء أنّ أغلب ما تردّد في عباراتهم في جواز تولّي المرأة القضاء وعدمه هو قياس المانعين إيّاه على الإمامة الكبرى، وقياس المجيزين إيّاه على شهادتها، فأجازوه متى جازت شهادتها ومنعوه متى امتنعت، وهو ما نبّه إليه ابن رشد[3].

والمتأمّل في منصب القضاء يجده ولاية ينوب فيها القاضي عن الحاكم العامّ في الفصل بين النّاس، ولهذا كان نسبها إلى الإمامة الكبرى واضحا، بينما فارقت الشّهادة القضاء، لأنّهما أمران مختلفان، فالشّهادة ليست بولاية عكس القضاء، ثمّ إنّ منع المرأة من الولاية العامّة بنصّ الحديث: "لن يفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة" لم يكن لعجزها عن حفظ الثّغور وتدبير الأمور وتسيير شؤون الدّولة، فإنّ ذلك يتأتى منها كما يتأتى من الرّجال، ولو سايرنا ما تمسّك به المجيزون لقلنا بإمكانية تولّيها الولاية العامّة خلافا لما دلّ عليه الحديث، فكان إعمال الحديث بمنعها من الولاية العامّة وما اشتقّ منها بما فيه القضاء، لا بإجازة غير الولاية العامّة.

أمّا ما استدلّ به ابن حزم من حديث فإنّه لا يعدو أن يدلّ على ولاية المرأة في بيت زوجها، ويكفي أنّه نَسب البيت إلى الزّوج ولم ينسبه إليها، وهي ولاية رعاية وسكينة لا حكم وزحام كما في القضاء، أمّا ما ذكره من تولية عمر بن الخطّاب لامرأة على السّوق، فإنّه لو صحّ فإنّ ولاية السّوق غير ولاية القضاء، وقد بيّن ابن العربي أنّ هذه الرّواية لا تصحّ، وأنّها من دسائس المبتدعة في الأحاديث[4].

فتبيّن ممّا تقدّم عدم وجاهة أدلّة القائلين بجواز قضاء المرأة اعتمادا على إمكان شهادتها، وعدم سلامة أدلّة المجيزين لقضائها اعتمادا على غيرها من الأدلّة النقليّة والعقليّة.

بل إنّ المتتبّع لقضاة النبيّ ﷺ وقضاة خلفائه لا يجد بينهم امرأة، بل إنّه من المثير أنّ تاريخ القضاء في الإسلام لم يتضمّن أسماء النّساء، وحتّى في الدّولة العثمانيّة التي كانت تعتمد المذهب الحنفيّ لا نجد ذكر القاضيات في مجال الأموال، فكان فعلهم حجّة على قولهم.

ثانيا: تأهّل القاضي لمنصب القضاء في القانون الوضعيّ.

---

(1) هو أبو الوليد محمّد بن أحمد بن أبي الوليد محمّد بن أحمد بن رشد الأندلسيّ المالكيّ، فيلسوف وفقيه وطبيب، قاضي الجاعة بقرطبة، من مؤلّفاته "مناهج الأدلّة" و"تهافت التّهافت"، توفّي سنة 595 هجريّة، يلقّب بالحفيد تمييزا له عن جدّه صاحب "المقدّمات الممهدات" (انظر: ابن العماد، **شذرات الذّهب**... ج4ص320)

(2) انظر: **بداية المجتهد**... ج2 ص449.

(3) **بداية المجتهد**... ج2ص449.

(4) انظر: **أحكام القرآن**، ج3 ص1457.

تشترط القوانين الوضعيّة جملة من الشّروط ليتأهّل الشّخص لوظيفة القضاء نظرا لأنّها ترتبط بسلطة القضاء التي تمثّل سيادة الدولة، ولهذا فقد أولاها القانون اهتماما بالغا بتحديد المواصفات التي يتأهّل بها الشّخص لهذا المنصب، وهذه الشّروط في القانون الجزائريّ كما يلي:

1. الجنسيّة. نصّ القانون الأساسي للقضاء في الجزائر لسنة 2004 في المادّة 37 منه على ضرورة تمتّع المرشّح بالجنسيّة الجزائريّة الأصليّة أو المكتسبة[1]، ويعود السّبب في اشتراط الجنسيّة إلى أنّ القضاء يمثّل مظهرا من مظاهر ممارسة السّيادة، ولهذا يقتصر على حاملي جنسيّة الدّولة دون سواهم.

2. كمال الأهليّة. من المعلوم أنّ صحّة التصرّف على الغير في القانون الوضعيّ مرتبطة بالرّشد وهو يجمع سلامة العقل وبلوغ السنّ القانونيّ، وقد حدّد المرسوم التنفيذي رقم 05-303[2] في المادّة 1/28 منه سنّ المترشّح بـ 35 سنة على الأكثر عند تاريخ المسابقة.

3. الكفاءة البدنيّة. تشترط المادّة 28 /4 من المرسوم التنفيذيّ رقم 05-303 المُشار إليه ضرورة استيفاء المترشّح لممارسة وظيفة القضاء على الكفاءة البدنيّة، وهو ما يقتضي سلامة حواسّه نظرا لضرورتها لأداء مهامه، بل إنّ الكفاءة البدنيّة شاملة لها وتزيد عنها.

4. التمتّع بالحقوق المدنيّة والوطنيّة. يشترط القانون الوضعيّ في القاضي أن يكون متمتّعا بالحقوق الوطنيّة والمدنيّة، ولهذا فإنّه يُشترط في المترشّح للقضاء أن يكون متمتّعا بهذه الحقوق، وهو ما نصّت عليه المادّة 5/28 من المرسوم 05-303 السّابق الذّكر، وأكّدت المادّة 29 منه على أنّه "تطلب المدرسة إجراء تحقيق إداري تقوم به المصالح المؤهّلة للتّأكّد من تمتّع الطّلبة القضاة بحقوقهم المدنيّة والوطنيّة وحسن خلقهم" ، وهو ما يقتضي بشكل طبيعيّ أن لا تتضمّن صحيفة السّوابق لدى المترشّح أحكاما ماسّة باعتباره وشرفه[3].

5. حسن السّيرة والسّلوك. يشترط القانون الوضعيّ أن يكون المترشّح حسن السّيرة والسّلوك، وهو ما تضمّنته المادّة 5/28 من المرسوم التنفيذي 05-303، وقد دلّت المادّة 29 منه على أنّه تطلب المدرسة العليا للقضاء إجراء تحقيق إداريّ للتّأكّد من تمتّع الطلبة القضاة بسمعة طيّبة تؤهّلهم لهذا الدّور المهمّ في المجتمع.

---

(1) القانون العضوي رقم 04-11 المؤرّخ في 21رجب 1425هـ الموافق لـ 6-09-2004 المتضمّن القانون الأساسيّ للقضاء (**الجريدة الرسميّة** رقم 57 بتاريخ 23رجب 1425هـ المرافق لـ 08-09-2004م، ص16).

(2) المرسوم التنفيذي رقم 05-303 المؤرّخ في 15 رجب 1426هـ الموافق لـ 20 غشت 2005 يتضمّن تنظيم المدرسة العليا للقضاء ويحدّد كيفيّات سيرها وشروط الالتحاق بها ونظام الدّراسة فيها وحقوق الطلبة القضاة وواجباتهم (**الجريدة الرسميّة**، رقم 58، 20 رجب 1426هـ/25غشت 2005م. ص19)

(3) انظر: عمّار بوضياف، **النّظام القضائيّ الجزائريّ**، جسور للنّشر والتّوزيع، دار الرّيحانة للكتاب، الجزائر، ص55-56.

6. العلم. يُعتبر توفّر القاضي على المؤهّل العلميّ الّذي يمكّنه من معرفة ما يلزم الحكم به فيما يُعرض عليه شرطا مهمّا، وقد نصّت المادّة 2/28 من المرسوم التّنفيذيّ 05-303 على أنّه يُشترط للمترشّح لوظيفة القضاء حيازته على بكالوريا التّعليم الثّانوي وثمانية سداسيّات من التّعليم العالي المتوّج بشهادة ليسانس في الحقوق على الأقلّ أو شهادة تعادلها.

كما اهتمّ القانون الأساسيّ للقضاء 04-11 ببيان من يعيّن في منصب القضاء،فقد نصّت المادّة 38 منه على أنّه "يوظّف القضاة من بين حاملي شهادات المدرسة العليا للقضاء"، وإضافة لذلك فإنّ المادّة 2/39 من القانون 04-11 تنصّ على خضوع القضاة المعيّنين بهذه الصّفة لفترة عمل تأهيليّة لمدّة سنة واحدة، كما تنصّ المادّة 40 منه على اختصاص المجلس الأعلى للقضاء بترسيم القضاة بعد فترة التّأهيل أو تمديدها لمدّة سنة أخرى في جهة قضائيّة خارج المجلس الّذي قضوا فيه الفترة التأهيليّة الأولى أو إعادتهم لسلكهم الأصليّ أو تسريحهم، وفي هذا أبلغ دليل على قصد المشرّع من التأكّد من الكفاءة العلميّة للقاضي لقيامه بهذه الوظيفة.

وقد اشترطت المادّة 41 من ذات القانون للتّعيين بشكل مباشر وبصفة استثنائيّة بصفة مستشار بالمحكمة العليا أو مجلس الدّولة أن يكون المعيّن من حاملي دكتوراه الدّولة بدرجة أستاذ التّعليم العالي في الحقوق أو الشّريعة والقانون أو العلوم الماليّة أو الاقتصاديّة أو التّجاريّة، والّذين مارسوا فعليّا عشر سنوات في الاختصاصات ذات الصّلة بالميدان القضائيّ، وكذا المحامين المعتمدين لدى المحكمة العليا أو مجلس الدّولة، والّذين مارسوا فعليّا لمدّة عشر سنوات على الأقلّ بهذه الصّفة.

كما يخضع القضاة الموجودون في حالة الخدمة للتّكوين المستمرّ طبقا للمادّة 43 من ذات القانون، ويمكن لوزير العدل بعد موافقة المجلس الأعلى للقضاء أن يمنح إجازة دراسيّة مدفوعة الأجر لمدّة سنة قابلة للتّمديد لفترة لا تفوق سنة واحدة من أجل البحث في موضوع له علاقة بالعمل القضائيّ.

ومن هنا يتبيّن أنّ المشرّع قد حرص على توفّر القدر الممكن من العلم، وقد تدرّج من فترة الاستقلال إلى حدّ اليوم في رفع درجة المؤهّل العلميّ المتطلّبة في القاضي بالنّظر إلى واقع المجتمع ومتطلّباته.

الفرع الثّاني: ولاية القاضي في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

لا يكفي لكي يكون الحكم صحيحا معتبرا أن يكون صادرا من شخص مستجمع لشروط القضاء، بل لا بدّ أن تكون له ولاية القضاء بصفة شرعيّة وهذا بتعيينه من طرف من يملك سلطة التّعيين في منصب القضاء، ولهذا فسأعرض لذلك على النّحو التّالي:

أوّلا: ولاية القاضي في الشّريعة الإسلاميّة.

أشار الفقهاء إلى أنّ القضاء صفة تمنح صاحبها حقّ إنفاذ حكمه والإلزام به، وهو ما سبق الإشارة إليه من تعريف القضاء على اعتبار أنّه سلطة[1]، وقد فرّق الفقهاء بين الولاية المتأتية من الحاكم العادل وغيرها من الحالات على النّحو التّالي:

1. الولاية المتأتية من الحاكم العادل. تعدّ ولاية القضاء مهمّة منوطة بالحاكم أساسا، لأنّ فصل الخصومات بالحكم فيها يُعتبر أحد حقوق الرعيةّ على الحاكم التي يلزمه القيام بها، فله أن يباشرها بنفسه أو يجعلها ضمن مهامّ ولاته ووزرائه أو يعيّن لها قضاة يتفرّعون للقيام بها[2].

وأصل عدّ وظيفة القضاء مندرجة ضمن مهام الحاكم أو الإمام هو أنّ النّصوص الشّرعيّة المؤسّسة للقضاء في الإسلام وردت موجّهة أصالة للحاكم والإمام، من ذلك قوله تعالى: (❒◆🕮❒♌✍✍ ✂☞○⇳▤➚☠ ✉❹⬀☪◆⯑⬊☠ ✉✆☺⊠☞✏ 🕮❒☼❽♦✌♦ ✂☞✏✦...)[3]، كما أنّ النّبيّ ﷺ باشر القضاء بنفسه بوصفه حاكم المسلمين وقاضيهم، كما باشر الخلفاء الرّاشدون وظيفة القضاء بأنفسهم، قال ابن خلدون[4]: "كان [أي

(1) انظر ص 11 من هذا البحث.

(2) انظر: ابن جماعة، **تحرير الأحكام**... ص22؛ (ابن تيميّة) أبو العبّاس أحمد، **السّياسة الشّرعيّة في إصلاح الرّاعي والرّعيّة**، الأنيس موفم للنّشر، الجزائر، 1990م، ص 50؛ الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4 ص372؛ شمس الدّين بن قدامة، **الشّرح الكبير على المغني**...ج11 ص374. وقد أشار القرافي إلى أنّ نسبة القاضي إلى الإمام هي نسبة الجزء إلى الكلّ، فكلّ إمام قاض، بينما لا تصدق على القاضي الإمامة الكبرى (**الإحكام**...ص6) وصرّح ابن فرحون بكون أهلية القضاء جزء من الإمامة (**التّبصرة**، ج1 ص18)

(3) **سورة المائدة**، الآية 49.

(4) هو وليّ الدّين أبو زيد عبد الرّحمان محمّد بن محمّد بن الحسن الحضرميّ الإشبيليّ المالكيّ، الشهير بابن خلدون، ولد بتونس ونشأ بها، وطلب العلم، أخذ العربيّة عن أبيه، والفقه عن ابن عبد السّلام، بارع في علوم كثيرة، ولي القضاء، اعتقل نحو عامين، رحل إلى مدن كثيرة، من مؤلّفاته "التّاريخ الكبير" و"طبيعة العمران" و"تلخيص المحصول لفخر الدّين الرّازي"، توفّي سنة 808 هجريّة (انظر: ابن العماد، **شذرات الذّهب**...ج7ص76)

القضاء] من وظائف الخلافة ومندرجا في عمومها، وكان الخلفاء في صدر الإسلام يباشرونه بأنفسهم، ولا يجعلون القضاء إلى من سواهم"[1].

وكما أنّ للحاكم أن يباشر بنفسه القضاء، فإنّ له يعيّن له من الولاة والوزراء والقضاة من ينوب عنه في أدائه[2]، وبالتّالي فلا يصحّ إصدار الأحكام القضائيّة إلاّ من الحاكم العامّ أو من عيّنه لهذه المهمّة أو من عيّن من نائب الحاكم المفوّض لتعيين من يصدر الأحكام[3]، وتفريعا من هذا الأصل فقد ظهرت في الفقه السياسيّ الإسلاميّ وزارة التّفويض الّتي يكون للوزير فيها تدبير الأمور وإمضاؤها على الاجتهاد، وتتضمّن عموم النّظر والنّيابة عن الإمام، وبناء عليه فإنّه يكون لوزير التّفويض مباشرة الحكم والتصدّي للقضاء، أو تعيين من يقوم عليه، وليس ذلك لوزير التّنفيذ[4].

كما ظهرت على مستوى الإمارة ما يسمّى بالإمارة العامّة والّتي يكون للأمير فيها النّظر في الأحكام وتقليد القضاة والحكّام على اعتبار أنّه عامّ النّظر فيما أُمّر فيه من بلد أو إقليم،[5]، أمّا الملوك مع الخلفاء فهي صريحة في إفادة القضاء إذا صادفت الولاية أهلها ومحلّها وكذلك والي المظالم[6].

وقد نتج عن اعتبار ولاية المتصدّر للقضاء نيابة عن الحاكم أو نائب المأذون ما ينتج عادة من أحكام الوكالة عموما وأهمّها[7] أنّ للحاكم أن يعزل القاضي كما للموكّل عزل وكيله، وأنّ للقاضي أن يستقيل من

---

(1) **المقدّمة**، ص220، وهو كلام يصحّ في عمومه لأنّ أبا بكر رضي الله عنه أسند قضاء مكة لعمر رضي الله عنه فمكث سنتين لا يأتيه الخصوم لما عرف عنه من شدّة الحزم ولكثرة ورع النّاس وتسامحهم، كما ولّى عمر رضي الله عنه شريحا بالبصرة وأبا موسى الأشعريّ رضي الله عنه بالكوفة.

(2) نصّت المادّة 1800 من مجلّة الأحكام العدليّة على أنّ "القاضي وكيل من قبل السّلطان بإجراء المحاكمة والحكم" ولهذا فقد كان القاضي في ظلّ الدّولة العثمانيّة يعيّن بأمر سلطانيّ، ويكون للسّلطان حقّ نصب وعزل القضاة، أو لمن يأذن له بذلك (انظر: علي حيدر، **درر الحكّام**...ج4 ص597).

(3) انظر: ابن رشد، **بداية المجتهد**...ج2 ص461؛ الكاساني، **بدائع الصنائع**...ج7 ص2.

(4) انظر: الماوردي، **الأحكام السلطانيّة**...ص48-56؛ ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص18، وهذا بخلاف وزير التّنفيذ حيث لا يكون له إلاّ تنفيذ رأي الإمام وتدبيره، فهو كالواسطة بينه وبين الرّعية والولاة، وقد عدّد الماوردي أربعة أمور يستقلّ وزير التّفويض بنظرها وتدبيرها وليس ذلك لوزير التنفيذ وهي: 1. مباشرة الأحكام والنّظر في المظالم 2. تعيين الولاة 3. الانفراد بتسيير الجيش وتدبير الحرب4. التّصرّف في أموال بيت المال (انظر: **نفسه**، ص56)

(5) **انظر**: القرافي، **الذّخيرة**، ج10 ص31؛ ابن فرحون، نفسه؛ الماوردي، **نفسه**، ص60-63.

(6) انظر: ابن فرحون، نفسه.

(7) انظر: الماوردي، نفسه، ص145، علي حيدر، نفسه، ج4 ص557؛ واستثنيت حالة وفاة الحاكم (أو نائبه المأذون إذا كان هو من عيّن) فإنّ القاضي لا ينعزل في هذه الحالة لأنّ تصرفات الحاكم ونائبه المأذون إنّما تكون للمصلحة العامّة خلافا للوكالة، فإنّ الوكيل ينعزل بوفاة الموكّل لأنّ عمله لنفسه.

القضاء كما للوكيل أن يعزل نفسه من الوكالة، وأنّ للحاكم أن يخصّص التّولية زمانا أو مكانا أو موضـــوعا كما للموكّل أن يفعل ذلك في الوكالة.

2. الولاية المتأتية من غير الحاكم العادل. ناقش الفقهاء صحّة التّولية الصّادرة عن غيره وهي التّولية الصّادرة عن الإمام الجائر، أو الأمير المتغلّب أو السّلطان الكافر المتولّي على بلاد المسلمين ،أو التّوليـــة الصّادرة عن أهل الحلّ والعقد حال انعدام السّلطان والأمير، وسأتناول هذه الحالات بشكل مختصر.

أ. تولية القضاء من الإمام الجائر: ***اختلف الفقهاء حول جواز قبول القاضي العدل التّولية من قبل الإمام الجائر، فذهب بعض المالكيّة إلى عدم جواز قبول التّولية منه، وروي أنّ الإمام مالك صوّب هذا الرأي[1]، وذهب الزّيديّة إلى عدم صحّة التّولية من السّلطان الجائر[2] وهي إحدى الرّوايتين عن الحنابلة[3]، وحجّة أصحاب هذا الرّأي أنّ في قبول الولايات من قبل الجائرين إعانة وتزكية لهم[4].***

وذهب الحنفيّة[5] والشافعيّة[6] وبعض المالكيّة[7] إلى جواز قبول التّولية من الحاكم الجائر، وهي إحدى الرّوايتين عند الحنابلة[8]، واشترط أصحاب هذا الرّأي أن يكون مقصد المولّى هو إقامة العدل وأن يخلّيَ الإمام الجائر القاضي بينه وبين عمله[9]، وذلك أنّ المصلحة تقتضي أن يتولّى خيار النّاس وعدولهم حتّى لا يتولّى القضاء شرارهم[10]، ولأنّه لو اشترطت عدالة المولّي لأفضى ذلك إلى تعذّر الولاية القضائيّة بالكليّة إذا كان الإمام غير عادل[11] كما تمسّك أصحاب هذا الرّأي بتقلّد يوسف –عليه السّلام– لولاية لدى فرعون مصر، إذ

---

(1) انظر: **التّبصرة**، ج1 ص19.

(2) انظر: المرتضى، **البحر الزخّار**...ج5 ص117.

(3) انظر: البهوتي، **كشّاف القناع**...ج9 ص3188.

(4) انظر: الماوردي، **الأحكام السلطانيّة**، ص144.

(5) انظر: ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**...ج4 ص307-308.

(6) انظر: الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4 ص377.

(7) انظر: القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ج9 ص215.

(8) انظر: البهوتي، نفسه.

(9) انظر: القرطبي، نفسه؛ ابن عابدين، نفسه، ج4 ص308.

(10) انظر: الشّربيني، نفسه.

(11) انظر: البهوتي، نفسه.

ورد في الآية: ([illegible])[1].

ويبدو لي أنّ المذهب المجيز لقبول التّولية من الحاكم الجائر أولى بالأخذ وأصلح لحال النّاس، فإنّ ما تمسّك به المانعون من أنّ في تقلّد القاضي العدل لدى الحاكم الجائر إعانة وتزكية له، وهو اجتهاد مبنيّ على النّظر في مآلات الأمور ولا يعتمد على نصّ مانع، وتفحّص العارف بأحوال السياسة وطبائع الملك يعرف أنّ رفض العدول تقلّد القضاء لدى الحاكم الجائر هو فتح لباب تقلّد القضاء من طرف غيرهم، وفي هذا مفسدة للمجتمع، وهو إنّما يزيد الحاكم الجائر جورا واستبدادا[2].

كما أنّ قيام يوسف –عليه السّلام– على خزائن الأرض كان أعظم عمل يحتاجه الملك في ذلك الظرف، وهو حينما تقلّد هذه الولاية إنّما أشفق على النّاس إن أدركتهم سنون القحط ولم يدّخروا أن يهلكوا وتلحقهم المضرّة، رغم ما في تقلّده من إعانة للملك وتقوية لسلطانه، ثمّ إن ما تخوّف منه المانعون قد احتاط له المجيزون باشتراطهم أن يكون مقصد المتولّي للقضاء لدى الحاكم الجائر إنّما هو إقامة العدل، وأن لا يتدخّل الجائر في عمل القاضي أو يملي عليه جوْره.

ب. **تولية القضاء من الأمير المستولي:** إذا استولى أمير متغلّب على بعض ولايات الدّولة الإسلاميّة بحيث عجز عن كفّه الإمام، وبالتّالي امتنع على الإمام أو نائبه المأذون أن يعيّنا القضاة في ذلك الإقليم، فإنّ الفقهاء أجازوا توليّ القضاء من طرفه على اعتبار أنّه أصبح في حكم الإمام، ومانعا للإمام الشّرعي من تعيين القضاة[3]، بل حرصوا على "أن تكون عقود الولايات الدينيّة جائزة والأحكام والأقضية فيها فيها نافذة لا تفسد بفساد عقودها [أي إمارة الاستيلاء] ولا تسقط بخلل عهودها"[4].

---

(1) **سورة يوسف**، الآية 55. قال القرطبي: "قال بعض أهل العلم في هذا الآية ما يبيح للرّجل الفاضل أن يعمل للرّجل الفاجر والسّلطان الكافر بشرط أن يعلم أنّه يفوّض إليه في فعل لا يعارضه فيه فيصلح منه ما شاء، وأمّا إذا كان عمله بحسب اختيار الفاجر وشهواته وفجوره، فلا يجوز ذلك، وقال قوم: إنّ هذا كان ليوسف خاصّة، وهذا اليوم غير جائز، والأوّل أولى إذا كان على الشّرط الذّي ذكرناه. والله أعلم" (**الجامع لأحكام القرآن**. ج9 ص215)، وقد أورد الماوردي اعتراض المانعين على هذا الدّليل لسببين هما أنّ فرعون يوسف كان صالحا، وأنّ يوسف عليه السّلام نظر في الأملاك دون الأعمال (انظر: **الأحكام السلطانيّة**...ص144).

(2) عقد العزّ بن عبد السلام فصلا في تنفيذ تصرّفات البغاة وأئمة الجور لما وافق الحقّ للضّرورة العامّة فقال:"...وإنّما نفذت تصرّفاتهم وتوليتهم لضرورة الرّعايا، وإذا نفذ ذلك مع ندرة البغي فأولى أن ينفذ تصرّف الولاة والأئمة مع غلبة الفجور عليهم، وأنّه لا انفكاك للنّاس عنهم" (**قواعد الأحكام**...ص79)

(3) انظر: القرافي، **الذخيرة**، ج10 ص31، الماوردي، نفسه، ص66؛ ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**...ج4 ص308.

(4) الماوردي، نفسه، ص66.

وواضح أنّ ما اعتمده الفقهاء في إجازة تولّي القضاء من الأمير المستولي هو نفس ما اعتمدوه في إجازة تولية القضاء من الإمام الجائر وذلك لضرورة النّاس وحاجتهم للقضاء، وحتى لا يكون منفذا لشرار القوم.

ج. تولية القضاء من أهل الحلّ والعقد: ويُطلق عليهم أيضا أهل الاختيار، أو أهل الرأي والعلم والمعرفة والعدالة، وقد وضّح الماوردي صفة أهل الاختيار بأنّهم من اجتمعت فيهم العدالة الجامعة لشروطها والعلم الذّي يُتوصّل به إلى معرفة المستحقّ للإمامة وامتلاك الحكمة والرّأي والاختيار الأصلح[1].

وقد بيّن ابن فرحون أنّ حالة استحقاقهم لتولية القضاء لمن كملت فيه شروط القضاء إنّما هي حال عدم تمكّنهم من مطالعة الإمام في ذلك، ولا أن يستدعوا منه ولايته، فتكون توليتهم له بمثابة نيابة عن توليته إيّاه للضرورة الدّاعية لذلك[2]، ويُتصوّر هذا في حال غلب الكفّار على بعض المسلمين، فيكون على أهل الاختيار أن يتّفقوا على من ينصبوه واليا، فيولّي قاضيا، أو يكون هو الذّي يقضي بينهم[3]، ومتى عادت الأمور إلى نصابها بأن وُجد إمام بعد فَقْد، وأمكن التّولية من طرفه فقد ارتفعت حالة الضّرورة وانتهت ولاية القاضي المعيّن من قبل أهل الحلّ والعقد، إلاّ بتقليد من الأمام أو نائبه المأذون، وتعدّ أحكامه التي قضى بها حال الضّرورة نافذة لصحّة التّولية[4].

ولا شكّ في أنّ هذا الحل الذّي اعتمده أهل الفقه بالسّياسة الشرعيّة من الوجاهة والحكمة بحيث يحفظ للأمّة الحدّ الأدنى من استمرار كيانها في الأحوال والظّروف الصّعبة بأحسن الوسائل الممكنة.

د. تولية القضاء من الحاكم الكافر: وهي أبلغ صور الجواز التي قال بها الفقهاء حال غلبة الكفّار على بلاد الإسلام، وإشرافهم على أمورها بحيث قاموا بتولية القضاة من المسلمين فيها[5].

ولا يخفى أن القول بصحّة ما قضى به المولّى من الحاكم الكافر مرهون بتوافر المولّى على الشّروط السّابق ذكرها في حال التّولية من الحاكم المسلم الجائر، وهو أن يقصد القاضي المولّى إقامة العدل وتطبيق أحكام الشّريعة، وأن لا يتدخّل الحاكم الكافر في قضائه، وإلاّ لم يجز له قبول التّولية.

---

(1) الأحكام السلطانيّة، ص17.

(2) انظر: التّبصرة، ج1 ص19.

(3) انظر: ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج7 ص264.

(4) انظر: الماوردي، نفسه، ص145.

(5) أورده العزّ بن عبد السّلام في قوله: "ولو استولى الكفّار على إقليم عظيم فولوا القضاء لمن يقوم بمصالح المسلمين العامة، فالذّي يظهر إنفاذ ذلك كله جلبا للمصالح العامة ودرءا للمفاسد الشاملة، وإذ يبعد عن رحمة الشّرع ورعايته لمصالح عباده تعطيل المصالح العامة وتحمّل المفاسد الشّاملة، لفوات الكمال فيمن يتعاطى توليها من هو أهل لها، وفي ذلك احتمال بعيد" (**قواعد الأحكام**... ص86)

ثانيا: ولاية القاضي في القانون الوضعيّ. يُشترط في القاضي أن تكون له ولاية القضاء حين إصدار الحكم القضائي، وذلك بأن يكون معيّنا في هذا المنصب وفقا للقانون المعمول به، وقد نصّت المادّة 03 من القانون العضوي رقم 04-11 على أنّه "يعيّن القضاة بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من وزير العدل، وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء".

ويُعتبر تعيين القضاة من ضمن حاملي شهادة المدرسة العليا للقضاء الطّريقة الأساسيّة للتّعيين، وهو ما نصّت عليه المادّة 38 من نفس القانون، كما تنصّ المادّة 1/39 من نفس القانون على أنّه "يُعيّن الطّلبة القضاة المتحصّلون على شهادة المدرسة العليا للقضاء بصفتهم قضاة طبقا لأحكام المادّة الثّالثة من هذا القانون".

ومع هذا فإنّه يمكن تعيين قضاة خارج هذا الإطار وهو ما تضمّنته المادّة 41 من نفس القانون ويتعلّق الأمر بحاملي شهادة دكتوراه الدّولة بدرجة أستاذ التّعليم العالي في الحقوق أو الشّريعة والقانون أو العلوم الماليّة أو الاقتصاديّة أو التّجاريّة الذين مارسوا فعليّا عشر سنوات على الأقل في الاختصاصات ذات الصّلة بالميدان القضائيّ، وكذا المحامين المعتمدين لدى المحكمة العليا أو مجلس الدّولة الذين مارسوا فعليّا لمدة عشر سنوات على الأقل بهذه الصّفة، ويكون تعيين هذين الصنفين مباشرة بصفة مستشارا بالمحكمة العليا أو بمجلس الدّولة بناء على اقتراح وزير العدل وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء على أن لا تتجاوز هذه التّعيينات (20%) من عدد المناصب الماليّة المتوفرة.

وإذا كان تعيين الحاملين لشهادة المدرسة العليا للقضاء وحاملي شهادة الدكتوراه والمحامين المعتمدين لدى المحكمة العليا أو مجلس الدولة يكون بعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء بناء على اقتراح وزير العدل فإنّ التّعيين في الوظائف القانونيّة النّوعية المذكورة في المادّة 49 من نفس القانون يكون بموجب مرسوم رئاسيّ دون تطلّب مداولة المجلس الأعلى للقضاء[1]، وكذلك فإنّ التّعيين في الوظائف القانونيّة النوعيّة المذكورة في المادّة 50 من نفس القانون يكون بموجب مرسوم رئاسيّ بعد استشارة المجلس الأعلى للقضاء[2].

وهو ما يعني أنّ التّعيين في الوظائف النّوعية زيادة على أنّه يستأثر به رئيس الجمهوريّة كسائر التّعيينات بصفة قاضٍ، فإنّه لا يظهر أيّ دور للمجلس الأعلى للقضاء، بل إنّ التعيين في الوظائف النّوعيّة المحدّدة بالمادّة

(1) وهذه الوظائف النّوعية هي: الرئيس الأوّل للمحكمة العليا، رئيس مجلس الدّولة، النائب العام لدى المحكمة العليا محافظ الدّولة لدى مجلس الدّولة، رئيس مجلس قضائيّ، رئيس محكمة إداريّة، نائب عام لدى مجلس قضائيّ، محافظ دولة لدى محكمة إداريّة.

(2) وهذه الوظائف النّوعية تتمثل في: نائب رئيس المحكمة العليا، نائب رئيس مجلس الدولة، نائب عامّ مساعد لدى المحكمة العليا، نائب محافظ الدّولة لدى مجلس الدّولة، رئيس غرفة بالمحكمة العليا، رئيس غرفة بمجلس الدّولة، نائب رئيس مجلس قضائي، نائب رئيس محكمة إداريّة، رئيس غرفة بمجلس قضائيّ، رئيس غرفة بمحكمة إداريّة، النّائب العامّ المساعد الأوّل لدى مجلس قضائي، محافظ الدّولة المساعد لدى محكمة إداريّة، قاضي تطبيق العقوبات، رئيس محكمة، وكيل جمهوريّة، قاضي التّحقيق.

49 لم يشترط فيها القانون مجرّد استشارة المجلس الأعلى، كما أنّ التّعيينات في الوظائف النّوعية في المادّتين 49 و50 قد مسّت كلّ المستويات والمناصب القياديّة في السّلطة القضائيّة، بحيث تبدأ بالرئيس الأوّل للمحكمة العليا ورئيس مجلس الدّولة وتصل إلى غاية وكيل الجمهوريّة وقاضي التّحقيق.

ولا تمثّل هذه التّعيينات في الوظائف القضائيّة النّوعيّة المذكورة في المادّتين 49 و50 من هذا القانون سوى ترقيات داخل سلك القضاء للقضاة المعيّنين طبقا للمادّتين 38 و39 منه، وهذا لأنّ التّعيينات المباشرة في السّلك القضائي المذكورة في المادّة 41 وردت استثناءً وبصفات محدّدة هي مستشار بالمحكمة العليا، مستشار بمجلس الدّولة، وتكون بناء على اقتراح من وزير العدل وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء.

وقد أحسن المشرّع فعلا بأن أوكل للمجلس الأعلى للقضاء مهمّة ترسيم القضاة بعد فترة العمل التأهيليّة أو تمديد فترة تأهيلهم أو إعادتهم إلى سلكهم الأصليّ أو تسريحهم وفق ما نصّت عليه المادّة 40 من نفس القانون على اعتبار أنّ المجلس الأعلى للقضاء يمثّل الهيئة المشرفة على تسيير الشؤون الإداريّة للقضاة، ولأنّه بهذه الكيفيّة لا يخضع في صلاحيّة ترسيم القاضي للسّلطة التنفيذيّة.

المطلب الثّاني: شروط المتقاضي في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يمثّل المتقاضي ركنا أساسيّا لقيام الحكم القضائيّ، ولهذا فقد حرص الفقه الشرعيّ والقانونيّ على بيان ما يلزم فيه من شروط ليصحّ الحكم سواء أكان محكوما له أم عليه، ويكون ذكرها في فرعين على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: شروط المتقاضي (المحكوم له) في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الثّاني: شروط المتقاضي (المحكوم عليه) في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: شروط المتقاضي (المحكوم له) في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المحكوم له هو من صدر الحكم لصالحه، وحتّى يصحّ الحكم ويكون معتبرا من جهته يجب أن يتوافر طلب منه باستصدار هذا الحكم كما يجب أن لا يُتّهم القاضي بالحكم له، فهما شرطان.

أوّلا: أن يكون الحكم بطلب من المحكوم له في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

1. أن يكون الحكم بطلب من المحكوم له في الشّريعة الإسلاميّة. يُشترط لصحّة الحكم القضائيّ فيما يتعلّق بحقوق العباد أن تتقدّمه دعوى ويسبقه طلب، إذ أنّ حقوق العباد تستُوفى بالمطالبة والتّظلم[1]، فإذا لم يقم المدّعي برفع دعواه أمام القضاء فلا يقدر القاضي أن ينظر من تلقاء نفسه في النّزاع، ولا أن يبادر بدعوة المتنازعين والفصل بينهما دون طلب[2]، ومنشأ ذلك أنّ القاضي لا يعلم حقوق النّاس ولا يملك إجبارهم على استيفائها، ومتى تخلّف هذا الشّرط لم يعدّ ما صدر حكما معتبرا[3].

ولا يُشترط سبق الدّعوى في حالة الحكم الضّمنيّ، لأنّ ما تضمّنه لم يكن مقصودا بحدّ ذاته ولأنّ الصّريح سبقت فيه الدّعوى[4]، كما لا يُشترط في الحكم الفعليّ سبق الدّعوى كما لو زوّج القاضي الصّغير الّذي ليس له وليّ، أو باع مال اليتيم، لأنّ ذلك جميع تصرّف بمقتضى ماله من ولاية عليه لا لوجود خصومة[5].

أمّا إذا تعلّق الأمر بحقوق الله فلا يشترط طلب القضاء من الضحيّة على وجه التّحديد، لأنّ كلّ شخص يستطيع تحريك الدّعوى حسبة لله، ولأنّ ذلك يرتبط بالنّفع العامّ العائد على الجميع[6]، وهذا لأنّ تحصيل هذه الحقوق واجب على كلّ مسلم، ولكلّ واحد أن ينتصب مدافعا عنها.

2. أن يكون الحكم بطلب من المحكوم له في القانون الوضعيّ. لا يعرض القاضي للمنازعة من تلقاء نفسه، إذ لابدّ من طلب يُعرض عليه وفق قواعد وإجراءات يحدّدها القانون[7]، ويحدّد الطّلب في المادّة المدنيّة سلطة القاضي في نظر الدّعوى أو في نظر الطّعن، بحيث أنّه ليس للقاضي أن يقضي بما لم يطلبه الخصوم

---

(1) انظر: الدّردير، **الشّرح الكبير**، ج4 ص157، الرّملي، **نهاية المحتاج**... ج8 ص257؛ الكاساني، **بدائع الصنائع**...ج7 ص8؛ ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**... ص106؛ علي حيدر، **درر الحكّام**...ج4 ص665؛ البهوتي، **كشّاف القناع**...ج6 ص334؛ ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**...ج5 ص354؛ ابن قطلوبغا، **موجبات الأحكام**...ص104.

(2) نصّت المادة 1829 من مجلّة الأحكام العدليّة على أنّه "يشترط في الحكم سبق الدّعوى، وهو أن يشترط في حكم القاضي في خصوص متعلّق بحقوق النّاس ادّعاء أحد على الآخر في ذلك الخصوص في أوّل الأمر ولا يصحّ الحكم الواقع من دون سبق دعوى" (علي حيدر، نفسه).

(3) انظر: ابن نجيم، **البحر الرّائق**...ج7 ص11.

(4) إذا حكم القاضي بنصيب أحدهم في الميراث على اعتبار أنّه ابن للمورّث فقد حكم بالبنوّة ولو كانت الدّعوى إنّما انصبّت على الأحقيّة في الميراث لا إثبات البنوّة، فلا يتمسّك بعدم صحّة الحكم بالبنوّة بعد سبق الدّعوى لأنّ الحكم فيه كان ضمنيا لا صريحا.

(5) انظر: علي حيدر، **درر الحكّام**، ج4 ص666؛ ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**، ج5 ص569.

(6) انظر: علي حيدر، نفسه، ج4 ص667 ؛ أحمد محمّد علي داود، **أصول المحاكمات الشّرعيّة**، مكتبة دار الثّقافة للنّشر والتّوزيع، الأردن، ط1، 2004م، ج1 ص734.

(7) انظر: فتحي والي، **الوسيط**...ص490.

ولا بأزيد ممّا طلبوه[1]، ويعتبر هذا مبدأ مفاده التقيّد بطلبات الخصوم، وهذا المبدأ في حـدّ ذاته يستند في الخصومة المدنيّة إلى مبدأ حياد القاضي، ويقتضي أن لا يحكم القاضي بما لم يُطلب منه، كما أنّ حماية حقوق الأشخاص بالقضاء تتوقّف على إرادة أصحابها.

ورغم أنّ القاضي الجنائيّ لا يُشترط فيه التقيّد بما تطلبه النّيابة العامّة من عقوبة على المتّهم، إذ لـه أن يحكم بالبراءة كما يمكن أن يحكم بعقوبة أشدّ ممّا طلبته النّيابة، إلاّ أنّه يبقى مقيّدا بما تتضمّنه الإحالة من وقائع ومتّهمين، فلا يمكن له أن يحكم في وقائع غير واردة في قرار الإحالة، ولا على غير المتّهم المحال إليه وهو مـا تدلّ عليه المادّة 250 من قانون الإجراءات الجزائيّة[2].

ويظهر مبدأ الطّلب من خلال جملة القواعد الإجرائيّة الّتي ينظّمها القانون وأهمّها:

أ- تقيّد المحكمة بطلبات الخصوم في الدّعاوى المدنيّة، بحيث لا تملك الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم، ولا بأزيد ممّا طلبوه، فلا تملك إلاّ إجابة الطّلبات أو رفضها[3].

ب- لا تملك المحكمة أن تحكم لمصلحة شخص أو عليه إذا لم يكن طرفا في الطّلب الّذي قدّم إليها[4].

ج- لا تملك المحكمة حقّ التّعديل أو الإضافة أو الحذف في طلبات الخصوم، ولو كانت تملك التّغيير في الوصف القانونيّ لطلبات الخصوم[5].

ثانيا: أن لا يتّهم القاضي بالميل للمحكوم له في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

---

(1) انظر: أحمد ماهر زغلول، **أعمال القاضي**...ص374، وتتضمّن عريضة الدّعوى الطّلبات الأصليّة الّتي تُطرح على المحكمة وفق الإجراءات المحدّدة قانونا لرفع الدّعاوى، كما يمكن تقديم طلبات عارضة من المدّعي أو المدّعى عليه أو الغير وفقا لما تنصّ عليه الموادّ 94-95-96 من قانون الإجراءات المدنيّة، إلاّ أنّه يُشترط لقبول الطّلبات العارضة شرطان أساسيان هما ارتباطها بالطّلبات الأصليّة و إذن المحكمة، وقد تترافق مع الطّلبات الأصليّة طلبات احتياطية يتوقّف الفصل فيها على نتيجة الفصل في الأولى، بحيث لا تعدّ الطّلبات الاحتياطيّة مطروحة على المحكمة للفصل فيها إلاّ في حالة رفض الطّلب الأصليّ.

(2) إذ تنصّ على أنّه "لا تختصّ محكمة الجنايات بالنّظر في أيّ اتّهام آخر غير وارد في قرار غرفة الاتّهام..." (الأمر رقم (95-10) المؤرّخ في 25-02-1995م)، وقد قضت المحكمة العليا بأنّه "...لا يجوز لها [أي المحكمة] أن تهمل التّهمة الواردة في قرار الإحالة والمتابع من أجلها المتّهم ولا أن تسند له وقائع أو تهم جديدة لم يجر بشأنها التّحقيق و لم ترد في قرار الإحالة" (الغرفة الجنائيّة، ملف رقم 49361، قرار بتاريخ 16-12-1986، **المجلة القضائيّة**، 1993م، العدد3، ص243).

(3) انظر: أحمد ماهر زغلول، **أعمال القاضي**...ص373.

(4) انظر: فتحي والي، **الوسيط**...ص491.

(5) انظر: عبد الحكم أشرف، **بحث في حجيّة الأحكام**...ص17

1. **أن لا يتّهم القاضي بالميل للمحكوم له في الشّريعة الإسلاميّة**. يُشترط لصحّة الحكم القضائيّ أن لا يكون القاضي ممنوعا من الحكم وهذا بسبب التّهمة بالميل لأحد الأطراف أو الإجحاف في حقّه، قال القرافي: "التّهمة قادحة في التّصرفات على الغير إجماعا"[1]، والأصل أنّ كلّ من لا تجوز له شهادة القاضي للتّهمة فلا يجوز حكمه له من باب أولى، وكذلك كلّ من لا تجوز شهادة القاضي عليه لا يجوز عليه قضاؤه[2]، وللإمام ابن حنبل رواية أخرى أنّه يجوز الحكم لمن لا تقبل شهادته له[3].

واعتبار التّهمة في القضاء أبلغ من اعتبارها في الشّهادة، إذ القاضي له سلطة الحكم والإنفاذ وليس ذلك للشّاهد، ويمكن تلخيص حالات منع القاضي من الحكم بسبب تهمة الميل للمحكوم له بالحالات التاليّة:

أ–حكم القاضي لنفسه[4]: وقد اعتمد الفقهاء في منع القاضي من الحكم لنفسه بأدلّة أهمّها أنّه لا يجوز أن يكون شاهدا لنفسه، فلا يجوز أن يحكم لها وأنّه مؤتمن في حقّ غيره لا في حقّ نفسه وأنّ قضاة الصّحابة وحكّامهم اختصموا إلى غيرهم، و لم يحكموا بأنفسهم في خصوماتهم[5]، وقد نقل القرافي الإجماع على على عدم اعتبار حكم القاضي لنفسه[6]، ورأى بعض المالكية أنّه إذا رضي خصم القاضي بحكمه عليه ورأى أن يقضي فليشهد على رضاه ويجتهد في الحقّ[7]، وقال بعضهم: وللقاضي الحكم بالإقرار على من انتهك ماله فيعاقبه ويتموّل ماله إذا أقرّ[8].

ب– حكم القاضي لولده ووالده: منع جمهور الفقهاء حكم القاضي لولده ووالده، وإلى هذا الرأي اتّجه الشافعية[9] والحنفيّة[10] وجمهور الحنابلة[11]، وأجاز المالكيّة[12]وفريق من الحنابلة[1] الحكم

(1) **الذّخيرة**، ج10 ص109.

(2) انظر: الحطّاب، **مواهب الجليل**... ج6 ص134؛ الماوردي، **الحاوي**...ج20 ص412؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**...ج3 ص473؛ المرداوي، **الإنصاف**...ج11 ص216؛ نظّام وجماعة، **الفتاوى الهنديّة**...ج3 ص367.

(3) انظر: المرداوي، نفسه.

(4) انظر: الحطّاب، نفسه؛ الشّيرازي، **المهذّب**...ج2 ص292؛ الماوردي، نفسه؛ نظّام وجماعة، نفسه، ج3 ص366.

(5) انظر: الماوردي، **نفسه؛** الشّيرازي، نفسه.

(6) انظر: **الذّخيرة**، ج10 ص109..

(7) انظر: نفسه، ج10 ص110.

(8) انظر: الحطّاب، **مواهب الجليل**...ج6 ص134.

(9) انظر: الماوردي، **الحاوي**... ج21 ص412؛ الشّربيني، **مغني المحتاج**... ج4 ص393؛ الشيرازي، **المهذّب**...ج2 ص292.

(10) انظر: نظّام وجماعة، **الفتاوى الهنديّة**، ج3 ص366-367.

(11) انظر: الفرّاء، **الأحكام السلطانيّة**...ص73؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3 ص473.

(12) انظر: القرافي، نفسه.

للولد والوالد خلافا للشّهادة لهما، وقال بعض المالكيّة: إن كان الولد كبيرا جاز القضاء له بخلاف ما إذا كان صغيرا[2].

من أظهر ما تمسّك به الجمهور أن البعضيّة سبب للتّهمة[3]،كما أنّ القضاء أعلى من الشّهادة فلمّا امتنعت الشّهادة للفرع والأصل امتنع القضاء لهما من باب أولى[4]، وقد منعت الشّهادة بقوله تعالى: (...❶⬧⌚⧁⬧✋⬁⏋ ⬜⬧⬜⬜ ⬧✪⬆⬈ ⬉⧁⬜⬟ ✂⬁✎★ ⬜⬥⬜⬜⬜⬥⬜⬜⬟⬉
⧁⬧✪⬜⬜⬜⬟⬜⬜⬜⬜⬜⬜ ✂⬜⬜⬜⬜❼⬥⬜⬜⬜ ⬜⬜⬥⬜
✍⬥❷⬀✍⬥⬧⬧⬥⬅⬜☑✂☎...)[5]، ذلك أنّ التّهمة بالبعضيّة أظهر صور الرّيبة الممنوعة[6].

وتمسّك المالكيّة والحنابلة بأنّ القاضي قد يحكم للخليفة وهو أعلى منه وتهمته أقوى، فالأولى جواز الحكم للفرع والأصل لأنّ تهمتهما أخفّ، كما أنّ أسباب الحكم ظاهرة وأسباب الشّهادة خفيّة، فانتفت التّهمة عن القاضي في حال الحكم، وتوجّهت إليه في الشّهادة[7]، كما أنّ وفور جلالة القاضي دون الشّاهد تجعل منصب القضاء أبعد عن التّهم[8].

والمتأمّل فيما ذكره أصحاب الرأي الثّاني من أدلّة يتحقّق من عدم جدّيتها في ميزان التّحقيق، إذ أنّ العلّة التي عناها الجمهور في منعهم لقضاء القاضي لولده ووالده هو ما يتوافر من تهمة بسبب الميل الطّبيعي الناشئ عن الولادة، ومثل هذا لا يوجد تجاه الخليفة، وما تمسّكوا به من أنّ أسباب الحكم ظاهرة خلافا للشّهادة لا يمنع من أنّ للقاضي سلطة اختيار الأقوال وتقدير الوقائع بشكل قد يدفعه الميل إلى توجيهها بما هو أنسب لوالده وولده.

كما أنّ وفور جلالة القاضي لا يمنحه الخّروج عن قواعد الشّريعة القاضية بمنعه من الحكم لوالده وولده قياسا على منعه من الشّهادة لهما لعلّة التّهمة، بل إنّ هذه الأخيرة في القضاء أظهر، بل إنّ حال الزّمان وما عليه القضاة في واقعنا يقطع برجحان قول الجمهور غلقا لأبواب الظّنون ومنعا لتحكّم الأهواء.

---

(1) انظر: الفرّاء، نفسه؛ البهوتي، نفسه.

(2) انظر: القرافي، نفسه، ج10 ص109.

(3) انظر: الماوردي، نفسه، ج20 ص412؛ ابن أبي الدّم، **أدب القضاء**، ص107؛ الشّيرازي، نفسه، ج2 ص252)

(4) انظر: الماوردي، نفسه، ج10 ص412؛ الميداني عبد الغنيّ الغنيميّ الدّمشقيّ (ت1298 هـ)، **اللّباب في شرح الكتاب**، دار الكتاب العربيّ، ج4 ص90.

(5) **سورة البقرة**، الآية281.

(6) انظر: الماوردي، نفسه، ج21 ص176.

(7) انظر: القرافي، **الذّخيرة**، ج10 ص110؛ الفرّاء، **الأحكام السلطانيّة**، ص73؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3ص473.

(8) انظر: القرافي، **الفروق**، ج4 ص43.

ج–حكم القاضي لأخيه: وهذه مسألة عائدة إلى جواز الشّهادة له، فمن منع الشّهادة منع القضاء، وقد منع المالكيّة شهادة الأخ لأخيه للتّهمة، واشترطوا لجوازها شروطا ثلاثة هي أن يكون الشّاهد مبرّزا في العدالة وأن لا يكون في عيال المشهود له وأن لا يكون يجلب لنفسه بالشّهادة نفعا ولا يدفع ضررا [1].

وقد خالف عامّة الفقهاء المالكيّة، منهم ابن الزّبير وشريح وعمر بن عبد العزيز[2] والشّعبيّ والنّخعي[3] والثّوري[4] وإسحاق[5] وأبو ثور[6].

وإلى هذا القول ذهب الشافعيّة[7] والحنابلة[8] والحنفيّة[9].

واستدلّوا بعموم الآيات التي شرعت الشّهادة، وأن الأملاك بينهم متحيّزة، ولا سطوة لبعضهم في مال البعض، وأنّ الشاهد متى كان عدلا قبلت شهادته[10].

والظّاهر أنّ قول المالكيّة غير مستقرّ على منع حكم القاضي لأخيه، بل إنّ ذلك مرتبط بما للأخ من منفعة لاحقة في حكمه لأخيه، بحيث تناله صلته وبرّه وفائدته، كما أنّ القول اختلف عندهم في جواز حكم القاضي لمن لا تجوز شهادته له[11].

د–حكم القاضي لزوجه: الأصل أن لا يجوز حكم القاضي لزوجه بناء على عدم جواز الشّهادة له، وقد ذهب المالكيّة[1] والحنابلة[2] والحنفيّة[3] إلى منع شهادة أحدهما للآخر للتّهمة، وبه قال إسحاق[4]،

---

(1) انظر: مالك، **المدوّنة**، ج4 ص81؛ الحطّاب، **مواهب الجليل**، ج6 ص156؛ ابن فرحون، **التّبصرة**، ص191.

(2) هو أبو حفص بن مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أميّة القرشيّ، يلقّب بخامس الخلفاء الرّاشدين، ولد بالمدينة سنة 61 هجريّة، ولي الخلافة سنة 99 هجريّة، اشتهر بالعدل، دامت خلافته سنتين، توفّي سنة 101 هجريّة (انظر: الشّيرازي، **طبقات الفقهاء**، ص64)

(3) هو إبراهيم بن يزيد بن قيس أبو عمران، أحد أعلام فقهاء التّابعين، روى عن علقمة ومسروق، توفّي سنة 96 هجريّة متواريا من الحجاج (انظر: ابن خلكان، **وفيات الأعيان**...، ج1ص25؛ الذّهبيّ، **تذكرة الحفّاظ**، ج1ص75)

(4) هو أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الكوفيّ، ولد سنة 96 هجريّة، لقّب بأمير المؤمنين في الحديث، توفّي بالبصرة سنة 161 هجريّة (انظر: الشّيرازي، **طبقات الفقهاء**، ص84)

(5) هو إسحاق بن إبراهيم بن مخلد الحنظليّ المروزيّ، المعروف بابن راهويه، ولد سنة 166 هجريّة، أحد أعلام نيسابور، فقيه ومحدّث، سمع منه البخاريّ ومسلم، توفّي سنة 238 هجريّة (انظر: الشّيرازي، نفسه، ص94)

(6) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج12 ص69.

(7) انظر: الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4 ص435؛ الماوردي، **الحاوي**...ج21 ص178.

(8) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج12 ص66–67؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3 ص553.

(9) انظر: الزيلعي، **تبيين الحقائق**...ج4 ص221 ؛ ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج7 ص 408.

(10) انظر: البهوتي، نفسه؛ الزيلعي، نفسه.

(11) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص72.

إسحاق[4]، وذهب شريح والحسن[5] وأبو ثور وأحمد في إحدى الروايتين إلى جواز شهادة أحد الزّوجين للآخر[6]، وهو قول الشّافعية[7]، واختار الثّوري وابن أبي ليلى[8] والنّخعي القول بجواز شهادة الرّجل لامرأته، وعدم جواز شهادتها له.

وقد استدلّ المانعون بأدلّة أهمّها تبسّط كلّ منهما في مال الآخر واتّساعه بسعته أكثر ممّا بين الآباء والأولاد، وأنّ كلاّ منهما يرث الآخر دون حجب وأنّ الزّوجة أصل الولادة، فلما ردّت الشهادة بسبب الولادة فالأولى ردّها بالزوجيّة[9].

بينما استدلّ المجيزون بأدلّة أهمّها بعموم قوله تعالى: (...❒◆✁✍ⓠ⬄☞♦⌖⇳⸿✎⑨←❒✁☎ ✸⌧&✍✎⓿⑨⌧⇦⬂✖✐ ✎✍♊ ❻⸿✎♊⌧⌂⓪ⓥ✍⌛➔☠⬁...)[10] وأنّها عقد طارئ وعلى منفعة ومبني على المعارضة فلا يجوز منع الشهادة كسائر العقود، أمّا المانعون لشهادة الزّوجة لزوجها دون العكس فقد تمسّكوا بأنّه لا تهمة في شهادة الزّوج لزوجته لأنّه لا يجرّ بذلك نفعا، إذ ما تملكه بشهادته حق خالص لها، بينما شهادة الزّوجة لزوجها فيه تهمة أنّه إذا أيسر وجب لها عليه نفقة الموسرين[11].

ولا يخفى ما في رأي الجمهور من وجاهة وقوّة، إذ أنّ العلاقة الزوجيّة تغدو في الأعمّ أمتن من علاقة الولد والوالد، فالتّهمة قويّة، والمنفعة المجرورة واضحة للطّرفين، ولهذا فالأولى الأخذ بالمنع.

هـ- حكم القاضي للأصهار والأصدقاء: وقد انفرد بهذا المنع المالكيّة نظرا لمنعهم شهادة بعضهم لبعض، فقد ردّوا شهادة الرّجل لزوجة ابنه، وشهادة الزّوج لابن زوجته أو أبيها،

---

(1) انظر: سحنون، **المدوّنة**، ج4 ص80؛ الحطّاب، **مواهب الجليل**...ج6 ص155.

(2) انظر: ابن قدامة، نفسه، ج12 ص68؛ البهوتي، نفسه، ج3 ص552.

(3) انظر: الزّيلعي، نفسه، ج4 ص220؛ ابن الهمام، نفسه، ج7 ص406.

(4) انظر: ابن قدامة، نفسه.

(5) هو الحسن بن أبي الحسن البصريّ، وُلد لسنتين بقيتا من خلافة عمر رضي الله عنه ومات بالبصرة سنة 110 هجريّة، دعا له عمر رضي الله عنه فقال: "اللّهم فقهه في الدّين وحبّبه إلى النّاس" (انظر: الشّيرازي، **طبقات الفقهاء**، ص87)

(6) انظر: نفسه.

(7) انظر: الشّربيني، نفسه؛ الماوردي، **نفسه**.

(8) هو محمّد بن عبد الرّحمان بن أبي ليلى، ولد سنة 74 هجريّة، أخذ الفقه عن الشّعبيّ، والحكم بن عيينة، وأخذ عنه سفيان الثّوريّ، عاصر الإمامين أبا حنيفة وابن شبرمة، ولي قضاء الكوفة، توفّي سنة 148 هجريّة (انظر: ابن خلكان، **وفيات الأعيان**...ج1ص452؛ الشّيرازي، **طبقات الفقهاء**، ص84))

(9) انظر: البهوتي، نفسه؛ ابن قدامة، نفسه؛ الزّيلعي، نفسه؛ ابن الهمام، نفسه.

(10) **سورة البقرة**، الآية 282.

(11) انظر: الماوردي، **الحاوي**...ج21ص179؛ ابن قدامة، **المغني**، ج12ص68.

وشهادة الرّجل لزوج ابنته، وشهادة الرّجل لزوج أمّه وزوج جدّته، وزوجة ابن ابنه وزوجة بنت ابنه[1]، كما ردّوا شهادة الصّديق الملاطف وهو من صدق وداد صاحبه وأهمّه ما أهمّه[2].

ويبدو أنّ منع حكم القاضي للأصهار والأصدقاء لا يستقرّ أمام عموم قوله تعالى: (...❒◆🕮❒✸⇳☋&☋⑨←❒✁☎ ❶•❒◆❽⇳ ⬉◆⑨⇳✌✍♓☋☪▤➚⚐⇔...)[3] إذ أنّه يُعمل بعمومه ما لم يرد تخصيص بدليل[4]، كما أنّ من الأقارب من يستحقّ ميراث المشهود به إذا مات ومع هذا تجوز شهادته له فكذلك الصّديق الملاطف وهو لا يستحقّ الميراث، كما أنّ المودّة المشروعة لا يجوز أن تكون سبب لردّ الشهادة[5]، والتوسّع في المنع بغير نصّ يوقع في اضطراب كبير.

و- **حكم القاضي فيما يجرّ منفعة أو يدفع مضرّة**، ذكر الفقهاء أمثلة كثيرة فيما يعتبر جرّا للنّفع أو دفعا للمضرّة بالحكم بالنّسبة للقاضي، ومن أظهرها:

- حكم القاضي لمورّثه أو للموصي له فيما أوصى فيه أو لموكّله فيما وكّل فيه[6]، وهذا لأنّ حكمه له يوسّع مجال تصرّفه في حالة الوكالة، أو يزيد في نصيبه بالوصيّة أو الميراث.
- حكم الشّريك لشريكه فيما هو شريك فيه[7].
- حكم المضارب في مال المضاربة، وحكم المستأجر لمستأجره بما هو مستأجر فيه، وحكم الوليّ لمن في حجره كصغير أو سفيه، لأنّه حكم لنفسه بصفته وليّا، ولأنّه يأكل من أموالهم عند الحاجة[8].
- حكم القاضي لغريمه المفلس بمال، لأنّه إذا أثبت للغريم شيئا فقد أثبت لنفسه المطالبة به[9].

2. أن لا يتّهم القاضي بالميل للمحكوم له في القانون الوضعيّ.

---

(1) الحطّاب، **مواهب الجليل**...ج6 ص155.

(2) انظر: القرافي، **الفروق**، ج4 ص70.

(3) **سورة الطلاق**، الآية 2.

(4) انظر: **حاشية الشّلبي على تبيين الحقائق**...ج4 ص221.

(5) انظر: الماوردي، نفسه، ج21 ص175.

(6) انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**...ج4ص435؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3ص552 ؛ الحطّاب، **مواهب الجليل**...ج6ص172.

(7) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج12ص55.

(8) انظر: البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3ص553

(9) انظر: الشّربيني، نفسه، ج4ص433؛ البهوتي، نفسه؛ ابن قدامة، نفسه.

يجعل القانون الوضعيّ للخصم مُكنة ردّ القاضي في حال شكّ في ميل القاضي نحو خصمه، وقد نصّت المادّة (201) من قانون الإجراءات المدنيّة على إمكانيّة ردّ القاضي في الحالات الّتي يتّهم فيها القاضي بالميل لأحد الخصوم ضمن حالات الردّ بشكل عام، ويمكن تحديد حالات الردّ بسبب تهمة الميل للمحكوم له كما يلي[1]:

أ- إذا كان له أو لزوجه مصلحة شخصيّة في النّزاع.

ب- إذا وجدت قرابة أو مصاهرة بينه أو بين زوجه وبين أحد الخصوم أو أحد المحامين أو وكلاء الخصوم حتّى الدّرجة الرّابعة.

ج- إذا كان القاضي دائنا أو مدينا لأحد الخصوم.

د- إذا كان قد سبق أن أفتى أو أدّى شهادة في النّزاع أو سبق له نظر فيها في أوّل درجة.

ه- إذا سبق له أن كان ممثّلا قانونيّا لأحد الخصوم في الدّعوى.

و- إذا كان أحد الخصوم في خدمته.

وتظهر الحكمة جليّة في إجازة الردّ في الحالة الأولى على اعتبار أن وجود مصلحة شخصيّة للقاضي أو لزوجه تجعله متّهما بالحكم لأحد طرفي الخصومة تحقيقا لمصلحته الشّخصيّة أو مصلحة زوجه والّتي تعدّ مصلحة له.

كما تظهر الحكمة جليّة في إجازة الردّ في حال وجود قرابة أو مصاهرة بينه أو بين زوجه وبين أحد الخصوم أو أحد المحامين أو وكلاء الخصوم حتّى الدّرجة الرّابعة وهذا لتوافر المحبّة والشّفقة عادة بين الأقارب والأصهار.

وكذلك فإنّ حكمه لدائنه أو مدينه تحقيق لمصلحة القاضي بطريق غير مباشرة، فإن كان الخصم دائنا للقاضي احتمل حكمه له أن يكون امتنانا منه أو سببا لإبرائه من دينه، وإن كان الخصم مدينا للقاضي احتمل حكمه أن يكون إغناءً له حتّى يفي بدينه أو تخوّفا من جحده دينه أو التّماطل في ردّه.

أمّا الحكمة في إجازة الردّ حال أن سبق للقاضي أن أفتى أو أدّى شهادة في النّزاع أو سبق له نظر فيها في أوّل درجة أو سبق له أن كان ممثّلا قانونيّا لأحد الخصوم في الدّعوى فلأنّه قد تأخذه العزّة بالإثم والتعصّب لما أفتى أو شهد به من قبل أو حكم به فيحكم به مجدّدا، وحتّى لا يطعن في فتواه أو شهادته أو حكمه.

---

(1) تقابلها المادّة 241 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة.

كذلك فإنّ الحكمة من إجازة الردّ إذا كان أحد الخصوم في خدمته لأنّه قد يكون في حكمه له تحقيق لمصلحة القاضي ولو بشكل غير مباشر، أو بدافع الشّفقة الحاصلة بطول الصّحبة.

الفرع الثّاني: شروط المتقاضي (المحكوم عليه) في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ

المحكوم عليه هو من صدر الحكم ضدّه، وحتّى يصحّ الحكم ويكون معتبرا من جهته يجب أن يكون حاضرا، وأن لا يتّهم القاضي بالحكم عليه.

أوّلا: شرط حضور المحكوم عليه في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

1. **حضور المحكوم عليه في الشّريعة الإسلاميّة**. ذهب جمهور العلماء إلى الحكم على الغائب[1]، وإلى مذهب الجمهور عاد أبو يوسف[2] الحنفيّ، فقد كان يقول: لا يُقضى بالبيّنة والإقرار على الغائب، ولمّا ابتُلي بالقضاء قال: يُقضى بهما، واستحسنه حفظا لأموال النّاس[3] وتبعته على ذلك بعض مراجع الحنفيّة[4].

وقال الأحناف لا يُقضى على الغائب إلاّ أن يحضر من يقوم مقامه، وكذلك لو أنكر ثمّ غاب فإنّه لا يُقضى عليه، لأنّ الشّرط هو قيام الإنكار وقت القضاء، وحتّى لو أقام المدّعي البيّنة على خصم حاضر

(1) انظر: سحنون، **المدوّنة**، ج4 ص77؛ القرافي، **الذّخيرة**، ج10 ص116؛ الماوردي، **الحاوي**...ج20 ص369؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3 ص497؛ **الإنصاف**...ج11 ص298.

(2) هو أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم، كان من أصحاب الحديث ثمّ غلب عليه الرّأي، أخذ الفقه عن أبي ليلى ثمّ عن أبي حنيفة، ولي القضاء لهارون الرّشيد، توفّي سنة 182 هجريّة (انظر: الشّيرازيّ، **طبقات الفقهاء**، ص134-135)

(3) انظر: ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج7 ص310؛ الزّيلعي، **تبيين الحقائق**...ج4 ص192.

(4) انظر: ابن الهمام، نفسه، ج7 ص308.

وزكّيت بيّنته ثمّ غاب المدّعى عليه فإنّه لا يُقضى عليه حتّى يحضر هو أو من يقوم مقامه، أمّا لو أقـــرّ عنـــد القاضي ثمّ غاب قبل أن يقضى، عليه فيحكم عليه لأنّ له أن يطعن البيّنة دون الإقرار[1]، ورُوي عـــن الإمـــام أحمد عدم الحكم على الغائب، وبه قال شريح[2].

وقد تمسّك الجمهور بجملة أدلّة أهمّها:

أ- عمومات النّصوص الآمرة بالحكم بين النّاس، منها قوله تعالى: (..▫♦⁄⁄■⇗●↗☹ ✐◆✓✗◆ ✂⁄⁄◉☾□⁄⁄□⇘ ✐⇘⁄⁄⁄⁄💻⇘◆◘✐♎✐...)[3] وقوله: (◘◆◘📖◘♌✐ ✂⁄⁄◯⇳▤↗☠ ✐◆❹⇗☾◆〰⇘☠ ✐⇘☺◘⁄⁄✐ 📖◘☼❽◆✌◆ ✂⁄⁄✐✦...)[4]، فإنّ هذه الآيات تأمر بالحكم بالحقّ دون تفريق بين حاضر وغائب[5].

ب- أنّ النبيّ ﷺ قضى لهند دون حضور أبي سفيان بقوله: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[6]، فقد أمرها بالأخذ فصلا للدّعوى المرفوعة إليه[7].

ج- أنّ الحكم على الميّت والصّغير جائز وهما أعجز من الدّفع من الغائب[8].

د- أنّ في الامتناع عن القضاء على الغائب إضاعة للحقوق التي نُدب الحكام لحفظها، لأنّه يســـتطيع كلّ ممتنع عن أداء حقّ الغير أن يغيب أو يتوارى فيمنعها[9].

وقد تمسّك الحنفيّة بجملة أدلّة أهمها:

---

(1) انظر: الزيلعي، نفسه، ج4 ص191-192؛ الميداني، **اللّباب**...ج4 ص88.

(2) انظر: المقدسيّ، **العدّة**...ص537.

(3) **سورة ص**، الآية 26.

(4) **سورة المائدة**، الآية 49.

(5) انظر: القرافي، نفسه، ج10 ص113، الماوردي، نفسه، ج20 ص370.

(6) أخرجه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها (انظر: **صحيح البخاري**، كتاب النّفقات، ح5237، ج10ص636؛ **صحيح مسلم**، **مسلم**، كتاب الأقضية، ح1714، ج3 ص1338).

(7) انظر: القرافي، **الذّخيرة**، ج10 ص113؛ الماوردي، **الحاوي**، ج20ص370 ؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3 ص497.

(8) انظر: القرافي، نفسه، ج10 ص114؛ الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4 ص406.

(9) انظر: القرافي، نفسه؛ الشّربيني، نفسه؛ **الماوردي**، نفسه، ج20 ص371؛ البهوتي، نفسه، ج3 ص498.

أ- قوله ﷺ لعلي رضي الله عنه حين استقضاه على اليمن: **"إذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتّى تسمع من الآخر كما سمعت من الأوّل..."** فدلّ على أنّ عدم سماعه بسبب غيابه مانع من الحكم[1].

ب- إنّ للمدّعى عليه حق الطّعن في بيّنة المدّعي، إذ أنّ الحقّ لا يظهر بمجرد البيّنة حتّى يقع النّزاع بحضور المدّعى عليه، فكان صوْن الأحكام من الطّعن والمنازعة فيها أفضل[2].

واعترض الحنفيّة على استدلال الجمهور بحديث هند بأنّه مجرّد فُتيا لأنّه لم يطالبها ببيّنة[3]، وردّوا عليهم بأنّه لو كان كذلك لقال لها: يجوز لك أن تأخذي، بينما هو قال:"خذي" و لم يطالبها ببيّنة لأنّه كان مطّلعا على الحال، ولأنّها خصومة عُرضت عليه فلا يقع فيها إفتاء[4].

ويبدو أنّ ما تمسّك به الأحناف لا يصمد أمام النّظر الفاحص، فإنّ قول النبيّ ﷺ لعليّ رضي الله عنه **"إذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتّى تسمع من الآخر كما سمعت من الأوّل"**[5] لا يمكن لهم أن يتمسّكوا به لأنّه لأنّه يتحدّث عن حالة حضور الخصمين معا، ومعنى ذلك أنّه متى غاب أحد الخصمين لم يجب سماعه، وبالتّالي جاز الحكم عليه، فهو حجّة عليهم لا لهم[6]، وكذلك فإنّ المصلحة المراعاة من طرفهم في صوْن الأحكام عن الطّعن والنّقض بالدّفع من المحكوم عليه الغائب مرجوحة بمصلحة منع تعطيل الأحكام ومصالح النّاس بسبب غياب المدّعى عليهم، فكان دفع مضرّة تعطيل الأحكام ومصالح النّاس أولى من جلب مصلحة صوْنها عن الطّعن، كما أنّ الحكم على الغائب ضرورة تقتضيها مصلحة فضّ النّزاعات المطروحة على القضاء، ولهذا رجع أبو يوسف عن مذهب الحنفيّة حين ابتُلي بالقضاء.

وممّا تجب الإشارة إليه أنّ الحكم على الغائب إنّما يكون في غير حقوق الله لأنّها تدرأُ بالشّبهات، فلا يجوز القضاء بها على غائب لاتّساع حكمها بالمهلة، وإذا كان ممّا يجمع فيها حقّ الله وحقّ الآدمي كالسّرقة مثلا قُضي على الغائب بالغرم و لم يُقض عليه بالقطع إلاّ بعد حضوره[7]، كما أنّه على حجّته لو حضر إذا كان كان له بيّنة يقدّمها[8].

---

(1) انظر: ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج7 ص308؛ الزّيلعي، **تبيين الحقائق**...ج4 ص191.

(2) انظر: **حاشية البابرتي على شرح فتح القدير**، ج7 ص308.

(3) انظر: الزيلعي، نفسه.

(4) انظر: القرافي، نفسه، ج10 ص113؛ الماوردي، نفسه، ج20 ص370.

(5) سبق تخريجه ص174 من هذا البحث.

(6) انظر: القرافي، **الذّخيرة**، ج10 ص115؛ الماوردي، **الحاوي**، ج20 ص372.

(7) انظر: الماوردي، نفسه؛ المرداوي، **الإنصاف**...ج11 ص298؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3 ص498.

(8) انظر: القرافي، نفسه،ج10 ص116؛ الشّيرازي، **المهذّب**...ج2 ص303؛ البهوتي، نفسه.

2. حضور المحكوم عليه في القانون الوضعيّ.

الأصل أن يحضر كلّ من المدّعي والمدّعى عليه جميع الجلسات المخصّصة لنظر الدّعوى حتّى يتمكّنوا من إبداء دفاعهم ودفوعهم، وحتّى يتمكّن القاضي من الإلمام بموضوع الخصومة وبالتّالي الحكم فيها، ولهذا فقد نصّت المادّة 33 من قانون الإجراءات المدنيّة على أنّه "يكون سماع أقوال الخصوم أو وكلائهم أو محاميهم حضوريّا ويجوز للقاضي دائما أن يأمر بحضور الخصوم شخصيّا"[1] إلاّ أنّه قد يتغيّب الطّرفان أو أحدهما عن الجلسات، ويعتبر الغياب مؤثّرا على قيام الخصومة ونظرها وعلى وصف الحكم الصّادر فيها والوقت الّذي يبدأ منه الطّعن.

ويحرص القانون على حضور الخصوم، ولهذا فقد نظّم كيفيّة تبليغ الخصوم وذلك بتسليمهم التّكليف بالحضور وفقا لما نصّت عليه المواد 22، 23، 24، 26 من قانون الإجراءات المدنيّة[2]، وكذلك تكفّل قانون الإجراءات الجزائيّة بتنظيم مسألة حضور المتّهم وفقا لما تنصّ عليه الموادّ 292-293-294-317-318-319-345 منه.

ويعتبر الحكم حضوريّا في حقّ المحكوم عليه بمجرّد حضور لجلسة من الجلسات المحدّدة لنظر الدّعوى، بغضّ النّظر عن تقديمه لدفوع أم لا، بينما يُعتبر الحكم غيابيّا بتخلّف الخصم عن حضور جميع الجلسات المحدّدة لنظر الدّعوى[3]، و لم يكتف القانون بعدّ الحكم حضوريّا بمجرّد حضور الخصم لجلسة من الجلسات، بل إنّ مجرّد تسلّمه التّكليف بالحضور شخصيّا يجعل الحكم معدودا حضوريّا إذ تنصّ المادّة 3/98 من قانون الإجراءات المدنيّة على أنّه:"...عندما يكون التّكليف بالحضور مسلّما بالذّات، يعدّ الحكم حضوريّا ويكون غير قابل للطّعن فيه بالمعارضة"، كما اعتبر القانون تقديم الخصم لعرائض أو مذكّرات أو دفوع حضوريّة أو دفع فرعيّ أو دفع بعدم القبول سببا لاعتبار الأحكام حضوريّة[4]، كما أنّ مباشرة الخصم للمعارضة ثمّ تخلّفه

---

(1) تنصّ المادّة 27 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على أنّه "يمكن للقاضي أن يأمر في الجلسة بحضور الخصوم شخصيّا لتقديم توضيحات يراها ضروريّة لحلّ النّزاع".

(2) وهو ما اهتمّت ببيانه الموادّ 18، 19، 20 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة.

(3) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظرية الأحكام**... ص378.

(4) نصّت المادّة 143 من قانون الإجراءات المدنيّة على أنّ "تعتبر الأحكام الصّادرة في القضايا الّتي قدّمت فيها عرائض أو مذكّرات أو دفوع حضوريّة، حتّى لو لم يكن الأطراف أو المحامون عنهم قد أبدوا ملاحظات شفويّة في جلسة المرافعات، كما تعدّ حضوريّة الأحكام الّتي فصلت في موضوع الدّعوى بعد رفض دفع فرعيّ أو دفع بعدم القبول حتّى ولو كان الخصوم الّذي أبدى الدّفع الفرعي أو دفعا بعدم القبول قد أمسك عن الدّفاع في موضوع الدّعوى احتياطا بالرّغم من سماح الرّئيس له بذلك، أمّا جميع الأحكام الأخرى فتصدر غيابيّا".

عن الحضور مرّة أخرى يمنعه من الطّعن بالمعارضة مرّة جديدة وهو ما نصّت عليه المادّة 101 من قانون الإجراءات المدنيّة.

وقد نصّت المادّة 294 من قانون الإجراءات الجزائيّة على أنّه إذا تمّ الإعلان القانونيّ للمتّهم فإنّه يجوز في حالة رفضه الحضور اتّخاذ إجراءات المرافعة بصرف النّظر عن تخلّفه، كما اعتبرت جميع الأحكام المنطوق بها في غيبته حضوريّة ويبلّغ بها مع الحكم الصّادر في الموضوع، وفي حال تخلّفه دون عذر عدّ الحكم حضوريّا أيضا[1]، وقد عدّت المادّة 347 منه على أنّه "يكون الحكم حضوريّا على المتّهم الطليق: 1-الّذي يجيب على نداء اسمه ويغادر باختياره قاعة الجلسة. 2- والّذي رغم حضوره بالجلسة يرفض الإجابة أو يقرّر التّخلّف عن الحضور. 3- والّذي بعد حضوره بإحدى الجلسات الأولى يمتنع باختياره عن الحضور بالجلسات الّتي تؤجّل إليها الدّعوى أو بجلسة الحكم".

ويتلخّص ممّا تقدّم أنّ القانون رغم حرصه على حضور الخصوم، واعتباره بعض الحالات حضورا حكميّا وهي حالة استلام التّكليف بالحضور شخصيّا أو إعلانه قانونيّا وحالة حضور إحدى الجلسات المحدّدة لنظر القضيّة وحالة مغادرة المتّهم الطّليق قاعة الجلسة بعد الإجابة على نداء اسمه اختيارا أو يرفض الإجابة، فإنّه أجاز الحكم الغيابيّ ولم يشترط حضور المحكوم عليه.

ثانيا: أن لا يُتّهم القاضي بالإجحاف في حقّ المحكوم عليه في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

1. أن لا يتّهم القاضي بالإجحاف في حقّ المحكوم عليه في الشّريعة الإسلاميّة. يُشترط لصحة الحكم القضائيّ أن لا يكون القاضي ممنوعا من الحكم بسبب التّهمة بالإجحاف في حقّ المحكوم عليه، وقد سبق قول القرافي: "التّهمة قادحة في التّصرفات على الغير إجماعا"[2]، والأصل أنّ كلّ من لا تجوز شهادة القاضي عليه لا يجوز عليه قضاؤه[3]، إذ أنّ اعتبار التّهمة في القضاء أبلغ من اعتبارها في الشّهادة، إذ أنّ

(1) نصّت المادّة 345 المتعلّقة بحضور المتّهم في مادة الجُنح على أنّه "يتعيّن على المتّهم المبلّغ بالتكليف بالحضور شخصيّا أن يحضر ما لم يقدّم للمحكمة المستدعى أمامها عذرا تعتبره مقبولا، وإلاّ اعتبرت المحكمة المتّهم المبلّغ بالحضور بالتكليف بالحضور شخصيّا والمتخلّف عن الحضور بغير إبداء عذر مقبول محاكمة حضوريّة"، بينما تنصّ المادّة 346 منه على أنّه "إذا لم يكن التّكليف بالحضور قد سلّم لشخص المتّهم يصدر الحكم في حالة تخلّفه عن الحضور غيابيّا".

(2) **الذّخيرة**...ج10 ص109.

(3) انظر: الحطّاب، **مواهب الجليل**... ج6 ص134؛ الماوردي، **الحاوي**... ج20 ص412؛ نظام وجماعة، **الفتاوى الهندية**...ج3 ص367؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3 ص473؛ المرداوي، **الإنصاف**...ج11 ص216.

القاضي له سلطة الحكم والإنفاذ وليس ذلك للشّاهد، ويمكن تلخيصها في حالتين هما حالة العداوة وحالة الخصومة.

أ- **حكم القاضي على عدوّه:** العداوة هي ما تجعل صاحبها يفرح بمضرّة عدوّه ويتمنّى زوال نعمته ويحزن بفرح عدوّه ويطلب له الشرّ[1]، وقيل تعرف بالعرف[2]، وأصل منع حكم القاضي على عدوّه منعه من الشّهادة عليه، وهو قول أكثر الفقهاء، قال ابن قدامة:"وهو قول أكثر أهل العلم"[3] أي القول بردّ شهادة العدل بسبب تهمة العداوة، وهو المعتمد عند المذاهب الأربعة[4] ومرويّ عن (ربيعة[5])[6] والثّوري وإسحاق[7]، والمقصود بالعداوة هنا ما كان في أمر دنيويّ كالمال والجاه والمنصب وغيره، أمّا العداوة الدينيّة فلا تمنع من الشّهادة عليه، لأنّ الدّين يمنع من ارتكاب المحظور[8]، وذلك مشروط بأن لا تكون العداوة الدينيّة بلغت حد التشوّف إلى أذى الآخر وظلمه، لأنّ الشّهادة في مثل هذا الحال تردّ لتحقّق التّهمة[9].

وقد تمسّكوا بقوله ﷺ:"لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود حدا ولا مجلودة ولا ذي غمر على أخيه"[10]، والغَمْرُ الغلّ والحقد، لأنّ العداوة تورث التّهمة فتمنع الشّهادة على العدوّ[11]، والمقصود بالعداوة هنا ما كان في أمر دنيويّ كالمال والجاه والمنصب وغيره، أمّا العداوة الدينيّة فلا تمنع من الشّهادة عليه، لأنّ الدّين

---

(1) انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**...ج4 ص435؛ البهوتي، نفسه، ج3 ص554.

(2) انظر: الزّيلعي، **تبيين الحقائق**...ج4 ص221.

(3) **المغني**، ج12 ص56.

(4) انظر: الحطّاب، نفسه، ج6 ص160؛ الشّربيني، نفسه؛ البهوتي، نفسه، ج3 ص554؛ الزيلعي، نفسه؛ ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**...ج5 ص357.

(5) هو أبو عثمان بن أبي عبد الرّحمان فروخ التيميّ المدنيّ، روى عن أنس وابن المسيّب وغيرهما، وروى عنه سفيان ومالك والأوزاعيّ وغيرهم، كان إمام حافظا فقيها بصيرا بالرّأي، ولهذا لقّب بربيعة الرّأي، توفذي سنة 136 هجريّة (انظر: الذّهبيّ، **تذكرة الحفّاظ**، ج1ص157؛ الشّيرازيّ، **طبقات الفقهاء**، ص65)

(6) انظر: الشّربيني، نفسه؛ البهوتي، نفسه.

(7) انظر: الزّيلعي، نفسه.

(8) انظر: الحطّاب، **مواهب الجليل**...ج6 ص160؛ الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4 ص435؛ الماوردي، **الحاوي**...ج21 ص174؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3 ص555.

(9) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص192.

(10) رواه أحمد عن عبد الله بن **عمرو** (انظر: **مسند الإمام أحمد**، مسند عبد الله بن عمرو، ح6880، ج2ص414) و أخرجه التّرمذي عن عائشة رضي الله عنها(انظر: **السّنن**، كتاب الشّهادات، ح2355، ج6ص490) قال التّرمذي: "هذا حديث غريب...ولا يصح عندنا من قِبَل إسناده"

(11) انظر: الشربيني، نفسه؛ الماوردي، نفسه؛ ابن قدامة، **المغني**، ج12 ص56.

يمنع من ارتكاب المحظور[1]، وذلك مشروط بأن لا تكون العداوة الدينيّة بلغت حد التشوّف إلى أذى الآخـــر وظلمه، لأنّ الشّهادة في مثل هذا الحال تردّ لتحقّق التّهمة[2].

وقد صرّح المالكيّة بأنّه إذا اصطلح شخصان بعد عداوة معلومة وطال الأمد وظهرت براءهما من دَخَل العداء صحّت شهادة أحدهما على الآخر، وأنّه لا تجوز شهادة الشّخص على ولد أو أبوي عـــدوّه[3]، ورأى الشافعيّة أنّ العداوة إن كانت من جانب واحد، فتردّ شهادته عليه دون الآخر، وعلى العكس من ذلك فـــإنّ الشهادة للعدوّ تقبل ما لم يكن أصلا له أو فرعا إذ لا تهمة، والفضل ما شهدت به الأعداء[4].

ب– حكم القاضي على خصمه: لا يجوز ولا يصحّ حكم القاضي على خصمه في مسألة هو طرف فيها حتّى لا يكون قاضيا وخصما، لأنّ الخصومة نوع من العداوة الطارئة مثلما لا تصحّ شـــهادة الشّخص على خصمه حتّى لا يكون خصما وشاهدا سواءً أكان حقّا لله أم حقّا للآدمي[5].

وسواء أكان القاضي أو الشّاهد خصما مباشرا أو غير مباشر فهو ممنوع من الحكم أو الشّـــهادة فيمـــا تعلّق بالحقّ، كشهادة الوكيل فيما هو وكيل فيه، والوصيّ فيما هو وصيّ فيه، والشّريك فيما هو شريك فيه، والمضارب في مال أو حقّ للمضاربة، وذلك أنّهم جميعا خصوم كالمالكين[6].

2. أن لا يتّهم القاضي بالإجحاف في حقّ المحكوم عليه في القانون الوضعيّ.

وقد حدّدت المادّة 201 من قانون الإجراءات المدنيّة حالات ردّ القضاء بسبب تهمة الإجحاف في حقّ المحكوم عليه بحالتين وهما إذا كان للقاضي أو لزوجه أو أصولهما أو فروعهما خصومة قائمة مع أحد الخصوم، وإذا كان بين القاضي وبين أحد الخصوم عداوة شديدة، وتظهر حكمة إجازة الردّ في هاتين الحالتين أن قيام الخصومة بين القاضي وأحد الخصوم يورث الحقد والضغينة بينهما فيدفعه ذلك إلى الإجحاف في حقّ خصمه بأن يحكم ضدّه في القضيّة المطروحة بين يديه، وكذلك الحال بالنسبة لخصم زوجه أو أصولهما أو فروعهمـــا فإنّ دافع المحبّة والشفقة المترّتبة عن الزّوجيّة أو القرابة أو المصاهرة تدفع بالقاضي إلى الإجحاف في حقّ خصم من تربطه به إحدى هذه الصلات.

(1) انظر: الحطّاب، نفسه؛ الشّربيني، نفسه؛ الماوردي، نفسه؛ البهوتي، نفسه.

(2) انظر: ابن فرحون، نفسه.

(3) انظر: الحطّاب، نفسه.

(4) انظر: الشّربيني، نفسه؛ الماوردي، نفسه، ج21 ص175.

(5) انظر: الحطّاب، نفسه، ج6 ص162؛ الماوردي، نفسه؛ ابن قدامة، **المغني**، ج12 ص55.

(6) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج12 ص55.

ولقد قصر نصّ المادّة مفهوم الخصومة الّتي تجيز حقّ طلب الردّ على الخصومة القائمة ممّا يدّل على أنّ الخصومة إن كانت قد قُضي فيها فلا تعتبر سببا لطلب ردّ القاضي على اعتبار أنّ ما يرافقها من تنافر وتباغض يمضي بانقضائها بالحكم فيها، ولهذا إذا انقضت الخصومة القضائيّة بين القاضي وشخص معيّن فليس لهذا الشّخص أن يطلب ردّه إذا مثل أمامه خصما لغيره في خصومة أخرى إلاّ إذا أورثت الخصومة القديمة بين القاضي وذلك الشخص عداوة شديدة يُتّهم فيها القاضي.

المبحث الثّاني: شروط المقضيّ به في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المقصود بالمقضيّ به هو المحكوم به، وهو مضمون الحكم القضائيّ وما تمّ تطبيقه على القضيّة المعروضة من فصل في النّزاع، وتشتمل شروط المقضيّ به نوعين من الشّروط، النّوع الأوّل يتعلّق بشرط المقضيّ به من حيث مضمونه والنّوع الثّاني يتعلّق به من حيث صدوره وصيغته، ولهذا فقد تعرّضت لهذا المطلب في فرعين على النّحو التّالي:

المطلب الأوّل: شروط المقضيّ به من حيث مضمونه في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الثّاني: شروط المقضيّ به من حيث صدوره وصيغته في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الأوّل: شروط المقضيّ به من حيث مضمونه في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يتضمّن الحديث عن المقضيّ من حيث مضمونه في الشّريعة الإسلاميّة الحديث عمّا يجب تطبيقه في القضيّة المطروحة من حكم شرعيّ وكذا عدم مخالفة الحكم القضائيّ للمذهب الفقهيّ المحدّد في عقد التّولية، وعدم مخالفته للتّقنين المعتمد، ورغم أنّ هذه الشّروط تختلف من حيث التّسميات فإنّها تدور جميعا حول ما يجب أن يكون عليه مضمون الحكم من موافقة للشّريعة الإسلاميّة والمذهب الفقهيّ المستمدّ منها والتّقنين المصاغ منها، بينما يتضمّن في القانون الوضعيّ ما يسمّى بموافقة الحكم القضائيّ للقانون على اعتبار أنّ القاضي ملزم فقط بما يعتمده التّشريع من قواعد وأحكام.

لأجل ذلك سأتعرّض لهذا المطلب في في فرعين على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: شروط المقضيّ به من حيث مضمونه في الشّريعة الإسلاميّة.

الفرع الثّاني: شروط المقضيّ به من حيث مضمونه في القانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: شروط المقضيّ به من حيث مضمونه في الشّريعة الإسلاميّة.

المقصود بالمقضيّ به هنا هو ما تضمّنه حكم القاضي من فصل في النّزاع وإلزام للمحكوم عليه، فإذا قضى القاضي في نزاع حول صحّة عقد بيع مثلا فإنّ المحكوم به هو ما تضمّنه حكمه من تصحيح للعقد أو بطلانه، وإذا قضى بجلد شارب الخمر فإنّ المحكوم به هو الجلد، وقد يُقصد بالمحكوم به هو ما اعتمده القاضي من دليل شرعيّ كما ورد في حديث معاذ[1] بن جبل رضي الله عنه حيث سأله النبي ﷺ :**"كيف تقضي؟"** فقال: **"أقضي بما في كتاب الله"**[2]، والحقيقة أنّ المحكوم به لا يمكن أن يكون ذات الدّليل الشّرعي، لأنّه مصدر الحكم، وتقدير كلام معاذ رضي الله عنه هو "أقضي بالأحكام الواردة في كتاب الله"

وقد سبق التعرّض إلى أنّ من شروط المقضيّ به من حيث مضمونه عدم مخالفته لأحكام الشّريعة وإلاّ كان مستوجبا للنّقض[3]، ولهذا فسيقتصر حديثي هنا على شرطي عدم مخالفة المذهب أو التّقنين المعتمدين على النّحو التّالي:

أوّلا: أن يكون المقضيّ به غير مخالف للمذهب المحدّد.

سبقت الإشارة عند الحديث عن شروط القاضي أنّه يُشترط فيه أن يكون عالما بأحكام الشّريعة، وقد تبيّن فيما سبق أن المتقدّمين من أصحاب المذاهب عدا الحنفيّة اشترطوا بلوغ درجة الاجتهاد، ورتّبوا على ذلك قولهم بأنّ تولية غير المجتهد باطلة وأحكامه مردودة وإن وافقت الصّواب بينما قبل المتأخّرون قضاء المقلّد.

بينما لم يشترط الحنفيّة المتقدّمون والمتأخّرون منهم الاجتهاد لتولّي منصب القضاء، وأجازوا قضاء المقلّد عالما كان أم جاهلا[4].

---

(1) هو مُعَاذ بن جَبَل بن عَمْرو بن أوس بن عَائِذ بن عَدِيّ بن كعب بن عمرو بن أُدَيّ بن سَعْد بن علي بن أسد بن سَارِدة بن تَزيد ابن جُشَم بن الخزْرَج الأنصاري الخزرجي، وكان يكنى أبا عبد الرحمن، وهو أحد السّبعين الذين شهدوا العقبة من الأنصار، وشهد بدراً وأُحداً والمشاهد كلها مع رسول الله ، وآخى رسول الله صلى الله عليه وسلّم بينه وبين عبد الله بن مسعود، وكان عمره لما أسلم ثماني عشرة سنة، توفي في طاعون عَمَوَاس سنة ثماني عشرة، وكان عمره ثمانياً وثلاثين سنة (انظر: ابن الأثير، **أسد الغابة**...مطبعة طهران، ج4ص143).

(2) روى معاذ بن جبل رضي الله عنه أنّ رسول الله ﷺ لمّا بعثه إلى اليمن قال: **"كيف تقضي؟"** قال: **"أقضي بما في كتاب الله"** قال: **"فإن لم يكن في كتاب الله؟"** قال: **"فبسنة رسول الله"** قال: **"فإن لم يكن في سنّة رسول الله؟"** قال: **"اجتهد رأيي"** قال : **"الحمد لله الذ ي وفّق رسول رسول الله"** (رواه أبو داود، **السّنن** ، كتاب الأقضية، ح3119، ج2 ص116)

(3) انظر: ص 38-40 من هذا البحث.

(4) انظر: ص 173 من هذا البحث.

وإذا كان الفقه قد استقرّ على جواز تقليد المقلّد، فلا عجب أن تظهر فكرة تقييده بمذهب معيّن فيما يقضي به، وقد اختلف الفقه حول جواز ذلك بين الرّافضين لفكرة تقييد القاضي بمذهب معيّن لاعتبارات مبدئيّة، والدّاعين إلى إمكانيّة إلزامه بذلك لاعتبارات واقعيّة.

فقد ذهب بعض المالكيّة[1] إلى منع تقييد القاضي بمذهب معيّن وهو ما اعتمده الحنابلة[2] والشافعيّة[3]، وقد بيّن الشافعيّة[4] فساد هذا التّقيّد سواء أقارن عقد التّولية على سبيل الشّرط أم خرج مخرج الأمر والنّهي، وزادوا على ذلك فساد التّولية إن ورد على سبيل الشّرط في عقد الولاية، ووافقهم على ذلك المالكيّة[5] والحنابلة[6]، وصحّحه بعضهم[7]، وخالف الأحناف، فقالوا: يجوز تقييد القاضي بمذهب معيّن بحيث لا يجوز له القضاء بغيره، ولا ينفذ قضاؤه بغير المذهب المحدّد له[8]، وهو الرأي المنقول عن سحنون وبعض المالكيّة[9] وكذلك بعض علماء الشافعيّة[10].

استدلّ القائلون بمنع تقييد القاضي بمذهب معيّن بأنّ القاضي مأمور بالاجتهاد واتّباع الحقّ، وهو ما لا يمكن تعيينه في مذهب واحد[11]، و"لأنّ الله تعالى قال: (...⧫︎⌧︎⬀︎✓︎⧫︎⌨︎ ☹︎↗︎●︎⬀︎■︎...) والحقّ لا يتعيّن في مذهب، وقد يظهر له[12]

(1) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص52 ؛ الحطّاب، **مواهب الجليل**... ج6 ص93-98.

(2) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج9 ص106؛ المرداوي، **الإنصاف**...ج11 ص169؛ الفراء، **الأحكام السلطانيّة**، ص63؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3 ص463.

(3) انظر: الماوردي، **الأحكام السلطانيّة**...ص133-134؛ الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4 ص378.

(4) انظر: الماوردي، نفسه.

(5) انظر: القرافي، **الذّخيرة**، ج10 ص125.

(6) انظر: الفراء، نفسه.

(7) قال ابن قدامة: "في فساد التّولية وجهان بناء على الشّروط الفاسدة في البيع" (نفسه)، ونسب الماوردي القول بصحّة العقد وبطلان الشرط إلى أهل العراق (انظر:نفسه، ص133).

(8) انظر: ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**...ج5 ص408؛ ابن قطلوبغا، **موجبات الأحكام**...ص194.

(9) انظر: فقد ذكر ابن فرحون أن سحنونا ولّى رجلا القضاء، وكان هذا الرجل ممّن سمع بعض كلام أهل العراق، فاشترط عليه سحنون أن لا يقضي إلاّ بقول أهل المدينة (انظر: **التّبصرة**، ج1 ص52).

(10) انظر: ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص96.

(11) انظر: ابن فرحون، نفسه.

(12) **سورة ص**، الآية 26.

الحقّ في غير ذلك المذهب"[1]، بينما استدلّ القائلون بجواز تقييد القاضي بمذهب معيّن بأنّ ذلك من قبيل تخصيص القضاء، فكما أنّه يجوز تخصيص القضاء زمانا ومكانا فيجوز تخصيصه بمذهب معيّن[2].

والمتأمّل فيما ذكره الفريق المانعون لتقييد القاضي بمذهب معيّن يدرك أنّهم إنّما كانوا يقصدون القاضي المجتهد، وهو ما أشار إليه ابن فرحون[3]، ومعنى هذا أنّه متى وُجد المجتهد فلا يجوز تقييده بمذهب معيّن في قضائه، وهذا ما يتناسب مع ما استدلّوا به ممّا تقدّم ذكره من أنّ تقييده بمذهب معيّن لا يصحّ وهو مأمور بالاجتهاد واتّباع الحقّ لأنّ ذلك إنّما يصح في حقّ المجتهد لا المقلّد أو قضاة الضّرورة، أمّا الأحناف فقد بقوا أوفياء لاختيارهم في جواز تقليد العاميّ القضاء فرتّبوا على ذلك جواز تقييده بمذهب معيّن.

وممّا تقدّم فإنّ القاضي إذا كان مقلّدا وجب أن يتّبع من نفسه مُقَلّده، وهو ما ذكره القرافي بقوله: "الحاكم إن كان مجتهدا فلا يجوز له أن يحكم أو يفتي إلاّ بالرّاجح عنده، وإن كان مقلّدا جاز له أن يفتي بالمشهور من مذهبه، وأن يحكم به، وإن لم يكن راجحا عنده، مُقلّدا في رجحان القول المحكوم به إمامه الذّي يقلّده كما يقلّده في الفتيا"[4].

وإذا وضعنا نصب أعيننا أنّ حال القضاة في زماننا على ما هو عليه من ضعف الملكات وقلّة الزّاد لم يبق مجال للشكّ بصحّة هذا التّقييد، بل أكثر من ذلك ضرورة تقييدهم بتقنين محدّد ومدقّق ومفصّل لعلّهم به يسترشدون وهي النّقطة الثانية في هذا الشّرط المبسوطة الآن للعرض.

ثانيا: أن يكون المقضيّ به غير مخالف للتّقنين المعتمد.

1. مفهوم التّقنين وموقف الفقه الإسلاميّ منه. المقصود بالتّقنين هو وضع قواعد القانون في مواد مرتبة ومبوّبة وضمن مجموعات بحسب نوعها، وهو ما يجري عليه الحال بالنسبة للقوانين الوضعيّة كالقانون المدنيّ وقانون العقوبات...، فيكون معنى تقنين الشّريعة هو صياغة الأحكام الشرعيّة في مواد مرتّبة ومبوّبة وضمن مجموعات بحسب نوعها، كأن تتضمّن مجموعة الأحكام المتعلّقة بالعلاقات الأسريّة (زواج، طلاق، حضانة، إرث،...) وتتضمّن أخرى الأحكام المتعلّقة بالمعاملات الماليّة (البيوع، الإيجار، الرّهن،...) وهكذا.

---

(1) **المغني**، ج11 ص483.

(2) انظر: ابن قطلوبغا، نفسه.

(3) انظر: نفسه.

(4) انظر: **الإحكام**... ص92.

وتضمّ كل مجموعة جملة أحكام ثابتة بنصّ أو إجماع وأخرى نتيجة اجتهاد فقهيّ، كأن تكون الأقـــوال المعتمدة في مذهب من المذاهب على اعتبار أنّ مجالات التّشريع المختلفة تنظّمها أحكام من النّوعين.

وتختصّ الدّولة ممثّلة في السّلطة المخوّلة لذلك بوضع هذه التّقنينات بصياغة الأحكام الشّرعيّة في مـــوادّ مرتّبة ومبوّبة تغدو تقنينا أو تنظيما مُلزما للكافّة لاعتماده من طرف الدّولة بما يتضمّن من أحكام شرعيّة ثابتة بنصّ أو إجماع، وأحكام شرعيّة اجتهاديّة وفق الأقوال المعتمدة في مذهب معيّن أو مختارة من الفقه الإسلاميّ عامة، ومثالها مجلّة الأحكام العدليّة وفق المذهب الحنفيّ في ظلّ الدولة العثمانيّة[1].

ويترتّب عمّا تقدم أنّ القاضي المنتمي لجهة قضائيّة ضمن هذه الدّولة يكون مُلزما بتطبيق هذا التّقـــنين المعتمد للشّريعة ولو خالف اجتهاده إن كان مجتهدا أو المذهب الذي يتبعه إن كان مقلّدا.

ورغم أنّ الاختلاف حول إمكانيّة تقييد القاضي بمذهب معيّن وُجد متقدّما زمنيّا بينما ظهر الاختلاف حول إمكانية تقييد القاضي بتقنين محدّد متأخرا عنه كثيرا، إلاّ أنّ المنطلقات وأسباب الاختلاف فيهما تشابه وكاد الثّاني منهما يحكي ويعكس الأوّل بحلّة جديدة، خاصّة وأنّ الاختلاف فيه انحصر هو أيضا بين الرّافضين لفكرة تقييد القاضي بتقنين محدّد لاعتبارات مبدئيّة، والدّاعين إلى إمكانيّة إلزامه بذلك لاعتبارات واقعيّة.

ولا ترجع مسألة تقنين الشّريعة إلى أكثر من قرنين، بينما كان الأمر قبل ذلك أن يحكم القاضي المجتهد بما يؤدّي إليه اجتهاده، ويلتزم القاضي المقلّد الرّاجح في مذهبه أو ما يلزمه به وليّ الأمر من قـــول صـــاحب المذهب أو بعض أئمته[2]، ولمّا ظهرت فكرة التّقنين، وقف الفقهاء المعاصرون أمامها فريقين متأثّرين بموقـــف الفقه الإسلاميّ سابقا من مسألة إلزام القاضي بمذهب معيّن[3].

فقد ذهب الجمهور الغالب من الفقهاء المعاصرين إلى جواز تقنين الأحكام الشرعيّة معتمدين على قواعد أهمّها[4]:

---

(1) تعتبر مجلة الأحكام العدلية التي أصدرتها الدولة العثمانية سنة 1293هـــ/1876م تطبيقا لتقنين الشّريعة فهي تقنين في المعاملات الماليّة (في شقها الإجرائي والموضوعي) مأخوذ من المذهب الحنفيّ، ملزم للقضاة التّابعين للدّولة، ومن المحاولات الحرّة للتّقنين ما قام به الشيخ أحمد القاريّ من صياغة الأحكام الشّرعية وفق المذهب الحنبليّ في مجموعة سمّاها مجلة الأحكام الشرعية، وكذلك ما قام به الوزير قدري باشا في مجموعاته "مرشد الحيران" و"الأحوال الشخصية" و"الإنصاف في أحكام الأوقاف".

(2) انظر: محمّد كمال الدّين إمام، **التّقنين**، (مقال منشور **بموسوعة التّشريع الإسلاميّ**، رقم5، سلسلة الموسوعات الإسلاميّة المتخصّصة، وزارة الأوقاف، جمهورية مصر العربيّة، 1427هـــ-2006م) ص307.

(3) انظر ص 205-206 من هذا البحث.

(4) انظر: محمّد كمال الدّين إمام، نفسه؛ وهبة الزّحيليّ، **الفقه الإسلاميّ وأدلّته**، ج6ص747؛ بدران أبو العينين بدران، **تاريخ الفقـــه الإسلاميّ ونظريّة الملكيّة والعقود**، دار النّهضة العربيّة، بيروت، لبنان، ص114-115؛ عبد الكريم زيدان، **نظام القضـــاء في الشّـــريعة الإسلاميّة**، ص250-251.

أ- أنّ طاعة أولي الأمر واجبة ما لم تتضمّن مخالفة لأحكام الشّريعة، خاصّة إذا كان باعثها تحقيق المصلحة العامة للأمّة كما في حالة التّقنين.

ب- أنّ ولاية القضاء يجوز تخصيصها بالزّمان والمكان والنّوع، وقياسا عليه يجوز تخصيصها بتقنين معيّن ما دام مستمدّا من أحكام الشّريعة، والقاضي وكيل عن الإمام ونوابه، والوكيل مقيّد بحدود الوكالة الممنوحة له.

ج- ضعف ملكات القضاة في عصرنا وعدم قدرتهم على العودة لمصادر المذهب ومعرفة الرّاجح من المرجوح، ناهيك عن الاجتهاد فهو مبرّر قويّ للإلزام بتقنين مستمدّ من أحكام الشّريعة.

د- أنّ في تقنين الشّريعة تحقيق لمصلحة التزام المكلّفين بها وفق مبدأ علنيّة الشّرائع الذي يقتضي العلم المسبق بأحكام التّصرفات ونتائجها وتجسيدا لقوله تعالى: (...❒◆✌♦✍ ✍□☪⬈✍ ✌⬉➔⍓⓿ℯ𝓇☞✍⍉✓×♦ ❍⍓☹✹⌀🗐 ☼♦⌛⇗➔⍓☸⍓ ❻◆☾⬅□◆☪)[1].

وذهب بعض الفقهاء إلى منع التّقنين مستدلّين بما يلي[2]:

أ- أنّ الله أمر عند التّخاصم الردّ إلى الله والرّسول وليس إلى التّقنين لقوله تعالى: (...⌑♦✉⍉♌ ✍♦☪◆⓵❽♦⬉⇧⬇⬈☹⇗ ×⍉❼ ★⌧⌀⇔⬈🕮 ⌑♦❷⬉⑩☪❒■⬅ ☽⍉🖫■❼ ✁✍✐★ ❒◆✁✍♉❷▪☪⬅❒✌☞...)[3].

ب- أنّ القاضي مأمور بالاجتهاد وفي التّقنين حجر عليه.

ج- أنّ حكم القاضي بخلاف ما يعتقده غير جائز.

د- أنّ التّقنين لم يحصل في عهد النبي ﷺ ولا السّلف الصّالح.

والمتأمّل لما ذكره الفريقان يدرك أنّ ما يتمسّك به المانعون للتّقنين ضعيف متهالك، فإنّ التّقنين المستمدّ من أحكام الشّريعة هو ذاته ردّ إلى الله وإلى الرّسول، وليس خيارا ثالثا، كما أنّ القاضي المجتهد نادر في زماننا

---

(1) **سورة الإسراء**، الآية 15.

(2) انظر: عبد النّاصر موسى أبو البصل، **نظريّة الحكم القضائيّ**... ص296.

(3) **سورة النّساء**، الآية 59.

والعبرة بالعموم، وأنّ أفضل أحوال القضاة في زماننا أنهم مقلّدون، والمقلّد ملزم بمذهب مقلّده، وأمّا عدم حصول التّقنين في زمن السّلف الصّالح إنّما كان لكثرة المجتهدين وانتشار العلم.

2. علاقة التقنين بصحّة الحكم القضائي: الحقيقة التي لا مناص منها أنّ التّقنين أصبح ضرورة الحياة المعاصرة، وأنّه من الضّروري اعتبار صحّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة منوطة بالتقيّد بالتّقنين المعتمد بشرط أن لا يتضمّن مخالفة لأحكام الشّريعة، ذلك أنّ القاضي كما سبق بيانه وكيل عن الحاكم أو نائبه في الحكم بين النّاس، وهو ملزم صراحة أو ضمنا بأن يتقيّد بالتّقنين المعتمد ليكون تصرّفه في حدود الوكالة وبالتّالي يكون صحيحا.

فإذا حكم بخلاف ما تضمّنه التّقنين، وكانت المخالفة صريحة، و لم يكن التّقنين متضمّنا مخالفة لحكم الشّريعة في المسألة المقضيّ فيها فإنّ القاضي يكون قد تصرّف خارج حدود الوكالة وتصرّفه بذلك لا يمكن أن يُنسب إلى الأصيل (الحاكم أو نائبه) لمخالفة التّقنين، ولا يمكن أن يُنسب للقاضي لأنّ القضاء ولاية يمنحها الحاكم، فكان تصرّفه في حكم العدم، واستحقّ قضاؤه الإبطال.

الفرع الثّاني: شروط المقضيّ به من حيث مضمونه في القانون الوضعيّ.

يتطلّب القانون الوضعيّ أن يحكم القاضي وفقا للقانون المعتمد في الدّولة على اعتبار أنّه القانون الواجب التطبيق، ويحدّد القانون طرقا للطّعن في الأحكام القضائيّة إذا تنكّبت عن منهجه وخالفت بما تضمّنته أحكامها المبثوثة في نصوصها التشريعيّة، إلاّ أنّ القانون لا يمنع الأحكام القضائيّة من الصحّة بمجرّد مخالفتها لقواعده، وذلك لأنّه حدّد طرق الطّعن فيها وفق إجراءات وآجال محدّدة، كما قصر مُكنة الطّعن على أطراف الخصومة المحكوم فيها على اعتبار أنّ المطالبة القضائيّة ثبتت لهم دون غيره.

ومنح القانون حقّ الطّعن لأطراف الخصومة إثر صدور الحكم عبر رخصة طلب تصحيح الحكم أو إلغائه، ويكون الطّعن إمّا موجّها لقرار المحكمة ذاته كأن تخطئ في استخلاص الوقائع أو تقديرها أو تطبيق القانون على الوقائع، أو موجّها للإجراءات والأوضاع الّتي رافقت إصدار القرار، كأن تكون المحكمة غير مختصّة بنظر الدّعوى الّتي حكمت فيها[1]، ويعتبر تحديد وسائل الطّعن في الأحكام القضائيّة على سبيل الحصر، بحيث لا سبيل للمساس بالحكم إلا عبر هذه الطّرق ولا يمكن رفع دعوى مبتدأة بطلب بطلانه إذ الأحكام خلاف العقود[2]، وهكذا فإنّ الأحكام القضائيّة في القانون الوضعيّ تتحصّن على الطّعن في حالتين:

(1) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**....ص 730.

(2) انظر: أحمد أبو الوفا، نفسه، ص731 ؛ أحمد هندي، **قانون المرافعات**... ص584.

الحالة الأولى: انقضاء مواعيد الطّعن. ذلك أنّ انقضاءها دون طعن يمتنع معه رفع دعوى ببطلان الأحكـــام، كما يمتنع عن الطّاعن اللّجوء إلى الطّرق غير العاديّة إذا كان قد فوّت على نفسه فرصـــة الطّعـــن بـــالطرق العاديّة، أو طعن و لم يوال الخصومة[1].

الحالة الثّانية: استنفاذ طرق الطّعن. إذ أنّ المشرّع حصر طرق الطّعن، وحدّدها على سبيل الحصـــر، فمـــتى استنفذ الطّاعن طرق الطّعن فقد تحصّن الحكم القضائيّ عن المساس به بأيّ شكل من الأشكال.

وإذا كان القانون الوضعي يعتبر مخالفة القواعد الإجرائيّة سببا للبطلان والانعدام حسب أهمّيّـــة هـــذه القاعدة وجسامة تخلّفها فإنّ ذلك لا ينطبق على مخالفة القواعد الموضوعيّة لأنّ ذلك متروك أمره لطرق الطّعن فهي كفيلة بمراجعة ما قد يقع في الحكم القضائي من مخالفة للقانون، كما أنّ الأجهزة المخوّلة بمراقبة تطبيـــق القانون (المحكمة العليا، مجلس الدّولة) كفيل ببيان ما قد يقع من مخالفة وخطأ في تطبيق القانون، وتمارس هذا الدّور بنقض الأحكام المطعون فيها متى تحقّقت من ذلك.

المطلب الثّاني: شروط المقضيّ به من حيث صدوره وصيغته في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: شروط المقضيّ به من حيث صدوره في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الثّاني: شروط المقضيّ به من حيث صيغته في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ

الفرع الأوّل: شروط المقضيّ به من حيث صدوره في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

تتضمّن شروط إصدار الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ جملـــة مـــن الشّـــروط المتنوّعة، ولهذا فقد حاولت حصرها باختصار في الشّريعة الإسلاميّة ثمّ في القانون الوضعيّ تمهيـــدا للمقارنـــة بينهما وهذا على النّحو التّالي:

أوّلا: أن يستند الحكم على وسيلة إثبات معتبرة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

(1) انظر: أحمد أبو الوفا، نفسه، ص733-734و 780؛ أحمد هندي، نفسه.

1. **أن يستند الحكم على وسيلة إثبات معتبرة في الشّريعة الإسلاميّة**. وذلك أنّ القاضي ملزم بالاعتماد على وسائل الإثبات المحدّدة شرعا كالبيّنة[1] واليمين والنّكول، فكان واجبا عليه أن يعتمد في إصدار حكمه على إحدى هذه الوسائل[2].

ولا شكّ أنّ آراء الفقهاء تنوّعت فيما يتعلّق باعتماد هذه الوسائل وتفريعاتها، والمهـمّ هـو أن يلتـزم القاضي الوسيلة التي يعتقد لزومها شرعا، وبالكيفيّة التي يعتقد صحّتها، فمن ذلك أنّه يشترط لصحّة الحكـم المبنيّ على شهادة الشّهود أن تتمّ تزكيتهم وأن يبقى الشّهود على شهادتهم حتى يصدر الحكم، لأنّه متى رجع الشّهود عن شهادتهم فقد أصبح الاعتماد عليها غير ممكن[3].

ومن ذلك حلف يمين الاستظهار[4] من قبل المدّعي بناء على طلب القاضي لدفع الشكّ والاحتمال بعـد استيفاء الأدلّة وقبل إصدار الحكم في حالات محدّدة كالدّعوى على الميّت والغائب ودعـوى الاسـتحقاق ودعوى الشّفعة[5].

2. **أن يستند الحكم على وسيلة إثبات معتبرة في القانون الوضعيّ**. يحدّد القانون الوضـعيّ طرقا معيّنة للإثبات في مختلف المجموعات القانونيّة الّتي ينتظمها، وأحيانا يحدّد وسائل معيّنة لإثبات قضيّة ما، وبينما نجد أنّ القانون المدنيّ يلزم بالتقيّد بطرق معيّنة، وهو ما تنصّ عليه الموادّ 323-350 من القانون المدنيّ الجزائريّ، فإنّ القانون الجنائيّ يتميّز بمبدأ حريّة الإثبات الجنائيّ، وهو ما يرتبط بمبدأ الاقتناع الشخصيّ الحـرّ لدى القاضي، وقد نصّت المادّة 1/212 من قانون الإجراءات الجزائيّة على أنّه "يجوز إثبات الجرائم بأيّ طريق من طرق الإثبات ما عدا الأحوال الّتي ينصّ فيها القانون على غير ذلك، وللقاضي أن يصدر حكمـه تبعـا لاقتناعه الخاصّ"

---

(1) تطلق البيّنة على الشّهادة والإقرار وغيرها من وسائل الإثبات، وقد عُرّفت بأنّها "العلامة الواضحة التي يترجّح بها صدق أحد المتداعيين" (القارّي، **مجلة الأحكام الشرعيّة**، المادّة 2145، ص624).

(2) انظر: الدّردير، ج4 ص157؛ ابن نجيم، **البحر الرائق**...ج6 ص280.

(3) انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**...ج4 ص456؛ الرّملي، **نهاية المحتاج**...ج8 ص310؛ السّرخسي، **المبسوط**، ج16 ص175.

(4) وتسمى أيضا يمين الاستيثاق ويمين الاستحقاق ويمين القضاء ويمين الإستبراء (انظر: محمد الزّحيلـي، **التّنظـيم القضـائيّ في الفقـه الإسلاميّ**، ص377).

(5) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص157؛ الطّرابلسيّ، **معين الحكّام**...ص92؛ الشّربيني، نفسه، ج4 ص407؛ البهوتي، **شـرح منتهى الإرادات**، ج3 ص498.

والسرّ في هذا الاختلاف هو أنّه بينما يحصر المشرّع ابتداء وسائل الإثبات في المادّة المدنيّـــة متمثّلـــة في الكتابة والشّهادة والإقرار واليمين فإنّه في المادّة الجزائيّة لا يمكن أن يحصرها في وسائل معيّنة لأنّ الجاني عادة يلجأ إلى طمس كلّ ما يمكن أن يدلّ عليه، كما يفعل ذلك في سريّة تامّة.

ثانيا: الإعذار قبل الحكم في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

1. **الإعذار قبل الحكم في الشّريعة الإسلاميّة.** الإعذار في اللّغة هو إبداء العـــذر وطلبـــه[1]، والإعذار في الاصطلاح هو المبالغة في العذر، بأن يقول القاضي للخصمين: أبقيت لكما حجّة؟[2].

والإعذار أو الإنظار هو منح المخاصم في القضاء مهلة لاستحضار حجّته أو نقض حجّـــة خصـــمه إذا ادّعى ذلك[3].

ويكون الإعذار للمدّعى عليه، وهو الغالب، ويسمّى مدّعي الدّفع، ومثاله أن يدّعي أن له حجّة تجرح بيّنة المدّعي، كأن يدّعي عدم أهليّة الشّهود أو ما يمنع شهادتهم، أو يدّعي رفع بيّنة المدّعي بالقضاء أو الإبراء إذا كان يدّعي حقّا ماليّا، أو لكي ينظر حسابا ويتحقّق منه، أو لإسقاط يمين توجّهت إليه لدعوى مـــدّع[4]، فيكون طلب الإعذار من المدّعى عليه قصد جرح بيّنة المدّعي، بأن يثبت فسق الشّـــهود أو عـــدم أهليتـــهم للشّهادة وبالتّالي يبطل التّمسّك بها، أو يثبت بيّنة أخرى تدفع بيّنة المدّعي، كأن يقدّم وثيقة تثبت أنّه قضـــى الدّين الذّي عليه بمقتضى بيّنة المدّعي، والّتي هي محلّ النزاع.

وقد يكون الإعذار للمدّعي، ويقترن بطلب الكفيل أو الملازم أو حبس المدّعى عليه أوبحفظ المدّعى به، وهذا حتّ لا يُغيّب المدّعى عليه نفسه فيضيع حقّ المدّعي[5]، وقد يكون إعذار المدّعي بسبب عدم ثبات عدالة شهوده، أو لدعوى بيّنة حاضرة، أو لعدم شغل القاضي[6].

وقد صرّح المالكيّة بأنّه شرط واجب لصحّة الحكم ونفاذه، بحيث لا يتمّ حكم القاضي إلاّ بعد الإعذار ويُنقض إذا تمّ دونه[1]، قال الإمام مالك: "من وجه الحكم في القضاء إذا أدلى الخصمان بحجّتهما، وفهم القاضي

(1) انظر: الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، ج2 ص86؛ الزّمخشري، **أساس البلاغة**، ص295.

(2) انظر: القرافي، **الذّخيرة**، ج10 ص76.

(3) انظر: الشّيرازي، **المهذّب**...ج2 ص302؛ الكاساني، **بدائع الصنائع**...ج7 ص13.

(4) انظر: الشّيرازي، **المهذّب**...ج2 ص302؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3 ص495.

(5) انظر: الميداني، **اللّباب**...ج4 ص37-38.

(6) انظر: الشّيرازي، نفسه.

القاضي عنهما فأراد أن يحكم القاضي بينهما أن يقول لهما: أبقيت لكما حجّة؟..."[2]، وقد استدلّ المالكيّـــة بأدلّة أهمّها:

- قوله تعالى: (...❐◆✌◆✍ ✍❐☪⬈✍ ✍❐⬈✌⬉➔⍓⓿ℯ✍☞✍◘✓✕◆ ❍⍓⍓☹✸⍉⍚ ☼◆⌛⬀➔⍓☸⍓ ❻◆⍝←❑◆☪)[3]، فقد دلّت الآية على أنّ الحجّة لا تقوم إلاّ بعد الإعذار[4] ولها في النّصوص نماذج كثيرة[5].

- ما ورد في كتاب عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ إلى أبي موسى الأشعريّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وفيه:**"واجعل لمن ادّعى حقا غائبا أو بيّنة أمدا فينتهي إليه، فإن أحضر بيّنته أخذت له بحقه وإلاّ استحللت القضاء عليه، فإنّ ذلك أنفى للشّك وأجلى للعمى"**[6]، وقد بيّن الباجي أنّ ذلك ينصرف إلى الطّالب والمطلوب، لأنّ المطلوب إذا أراد أن يدفع عن نفسه ما قد ثبت عليه أضحى طالبا[7].

ويكون الإعذار ما لم يتبيّن لدد الخصم، وتتوقّف مدّة الإعذار على نظر القاضي واجتهاده، ويتمّ تقدير التأجيل بحسب ما تتطلبه المسألة لإقامة البيّنة أو جرحها أو غيره[8].

2. الإعذار قبل الحكم في القانون الوضعيّ. يجيز القانون للقاضي أن يؤجّل النّظر في الموضوع والفصل فيه إذا كان ذلك يتطلّب إجراء تحقيق أو القيام بخبرة أو الانتقال للمعاينة، وقد نصّت المادّة 43 مـــن قانون الإجراءات المدنيّة على أنّه "يجوز للقاضي بناء على طلب الأطراف أو طلب أحدهم أو من تلقاء نفسه أن يأمر قبل الفصل في الموضوع وبموجب أمر شفويّ بحضور أحد الأطراف شخصيّا أو بـــإجراء تحقيـــق أو

---

(1) انظر: الحطّاب، **مواهب الجليل**...ج6 ص132؛ القرافي، **الذّخيرة**...ج10 ص76.

(2) **المدوّنة**، ج4 ص69.

(3) **سورة الإسراء**، الآية 15.

(4) انظر: الباجي، **فصول الأحكام**...ص180؛ ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص142.

(5) منها قوله تعالى في قصة هدهد سليمان –عليه السّلام– علـــى لســـانه: (...) (**سورة النّمل**، الآية 21) فقد أعلم بإمكانية إعذاره للإتيان بسلطان مـــبين وهـــي الحجـــة المسقطة للعقوبة (انظر: ابـــن فرحـــون، نفســـه) وقولـــه تعـــالى: (...) (**سورة النّساء**، الآية 165) فهذه النّصوص تدلّ على مبـــدأ الإعذار وإقامة الحجّة قبل الحكم من قبل العادل الحكيم، فكان حريا بالقضاة الالتزام بذلك.

(6) سبق تخريجه، ص 33 من هذا البحث.

(7) انظر: الباجي، **فصول الأحكام**...ص180.

(8) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص142 و146.

تقديم وثيقة، وبموجب أمر كتابيّ بإجراء الخبرة أو التّحقيق في الكتابة أو بأيّ إجراء آخر من إجراءات التّحقيق، وله أن يأمر شفهيا بالانتقال للمعاينة ما لم ير ضرورة إصدار أمر كتابيّ"

ثالثا: وجود خصومة حقيقيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

1. وجود خصومة حقيقيّة في الشّريعة الإسلاميّة. يُشترط لصحّة الحكم القضائيّ أن تكون هناك خصومة حقيقيّة بين الطّرفين، وهذا الشّرط ذكره الحنفيّة ووضعه كان القصد منه هو الاحتياط لحالة الاحتيال بالخصومة الظّاهرية غير الحقيقيّة للوصل إلى حكم، ومتى كان الأمر كذلك امتنع على القاضي سماع الدّعوى وإصدار حكم بشأنها[1]، وإلاّ عدّ إفتاء لا حكما ولا ينفذ[2].

2. وجود خصومة حقيقيّة في القانون الوضعيّ. يُشترط لوجود الحكم القضائيّ وجود خصومة قائمة، وهي "الحالة القانونيّة النّاشئة عن مباشرة الدّعوى أو النّاشئة عن مجرّد استعمال الحقّ في الالتجاء للقضاء"[3]، كما تُطلق أيضا على مجموع الإجراءات الّتي تبدأ من وقت إيداع صحيفة الدّعوى إلى غاية صدور الحكم في الموضوع أو انقضاء الدّعوى بغير حكم كالصّلح بين الأطراف أو سقوط الخصومة[4].

ويُشترط لصحّة الحكم القضائيّ وجود خصومة قانونيّة قائمة "...ذلك أنّ الحكم لا يوجد وحده بغير أعمال الخصومة السّابقة عليه، فلا يصحّ وحده لإنتاج آثاره"[5].

رابعا: أن يصدر الحكم بالموضع المحدّد له في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

1. أن يصدر الحكم بالموضع المحدّد له في الشّريعة الإسلاميّة. يُشترط لإصدار الحكم صحيحا أن يكون بالموضع المحدّد له على اعتبار إمكانيّة تقيّد القضاء بالمكان[6]، وذلك أنّ عمل القاضي نيابة عن

(1) انظر: ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**...ج5 ص554.

(2) انظر: ابن نجيم، **البحر الرائق**...ج7 ص11؛ ابن قطلوبغا، **موجبات الأحكام**...ص104-105، جاء في شرح مجلّة الأحكام العدلية:"... لو علم القاضي أنّه لا توجد خصومة حقيقيّة بين الطرفين وأنّ الدّعوى التي أقاماها بعضهما على البعض ظاهرا هي وسيلة للاستحصال على حكم بطريق الاحتيال فلا يستمع الدّعوى، فإذا استمعها القاضي مع علمه بذلك فلا يُعتبر الحكم الذّي ترتّب على تلك الدّعوى، أمّا إذا حكم القاضي بدون علم بذلك فهو معذور وينفذ قضاؤه" (علي حيدر، **درر الحكّام**...ج4 ص665)

(3) أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص325-326.

(4) انظر: أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص5.

(5) أحمد هندي، نفسه، ص7.

(6) انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**...ج4 ص379؛ ابن قدامة، **المغني**، ج9 ص105.

الحاكم فيكون تصرّفه مقيّدا بحدود الإنابة، ولقد اعتبر بعض الفقهاء تخصيص القضاء بالمكان شرطا لصحّة التّولية[1]، ورتّبوا على ذلك قولهم بأنّ قضاء القاضي خارج المكان المحدّد له جغرافيا باطل لا يعتدّ به[2].

ولقد كان كلام الفقهاء منطلقا من قاعدة مفادها أنّ حكم القاضي يكون صحيحا معتبرا ما دام في حدود ونطاق التّولية، وأنّه متى خرج عنها فحكمه غير معتدّ به[3]، ومن هذا المنطلق فإنّه متى كان عقد التّولية يُلزم القاضي بأن يصدر حكمه في موضع محدّد، كان ذلك يقتضي منه الامتناع عن إصدار الحكم في غيره، ويلزمه إصداره فيه بحيث تترتّب عن المخالفة عدم صحّة الحكم وعدم الاعتداد به.

إلاّ أنّه متى خلا عقد التّولية من تحديد موضع معيّن لإصدار الأحكام جاز إصدارها في كلّ موضع داخل النّطاق الجغرافيّ المحدّد في نطاق التّولية، ولهذا قال بعض الحنفيّة لا بأس بالقعود للحكم في الطريق إذا كان ذلك لا يضيّق على المارة[4]، ومنعه المالكيّة إلاّ في أمر استغيث به فيه فلا بأس أن يأمر وينهى ويسجن دون أن أن يفصل بحكم، وخالف أشهب فأجازه[5]، كما ذهب الجمهور إلى جواز اتّخاذ المسجد مكانا لمجلس القضاء، القضاء، وإليه ذهب المالكيّة[6] والحنفيّة[7] والحنابلة[8] وبعض الشافعيّة[9] وقال مالك:" القضاء في المسجد من الأمر الأمر القديم"[10]، ورأي الشافعيّة[11] في الرّاجح كراهة ذلك.

والأهمّ في هذه المسألة هو أن يتقيّد القاضي بالموضع المحدّد له للقضاء إن ورد في عقد التّولية، سواء أكان ذلك في المسجد أو في غيره، ولعّل إمكانية القضاء في المسجد في العصور الأولى إنّما توفّرت لقلّة الدّعاوى واستقامة النّاس وبعدهم عن اللّجاج والعناد وبساطة حياة النّاس.

---

(1) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص16؛ البهوتي، **كشّاف القناع**...ج6 ص288.

(2) انظر: الماوردي، **الأحكام السلطانيّة**...ص70؛ البهوتي، نفسه، ج6 ص290؛ ابن قدامة، نفسه.

(3) انظر: القرافي، **الفروق**، ج4 ص78-79؛ الشّيرازي، **المهذّب**...ج2 ص309.

(4) انظر: ابن نجيم، **البحر الرائق**...ج6 ص302.

(5) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص32.

(6) انظر: نفسه، ج1 ص31.

(7) انظر: الطّرابلسيّ، **معين الحكام**...ص18؛ السمناني، **روضة القضاة**...ج1 ص98.

(8) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج11 ص388؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3 ص469.

(9) انظر: ابن أبي الدّم، **أدب القضاء**، ص159.

(10) مالك بن أنس، **المدوّنة**، ج5 ص144.

(11) انظر: الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4ص390.

أمّا في زمننا فإنّ كثرة الدّعاوى وفساد أحوال النّاس وتعقّد مسائلهم يستوجب أن يكون القضاء في دور ومحاكم خاصّة، وعليه يجري العمل في دول العالم الإسلاميّ المختلفة، خاصة مع ما يحتاجه ذلك من تنظيم إداري ومصالح للتسجيل والتبليغ وغيره.

2. أن يصدر الحكم في الموضع المحدّد له في القانون الوضعيّ. ليس في التّشريع حديث صريح عن موضع إصدار الحكم القضائيّ، وهذا نظرا لوضوح أنّ إصداره يكون في المرافق المحدّدة له ضمن الأجهزة القضائيّة المخوّلة بالفصل في الأحكام باعتبار الاختصاص المحلّي والنّوعيّ المخوّل لها، ويكون هذا في قاعة الجلسة المشار إليها في المادّة 2/31 من قانون الإجراءات المدنيّة.

خامسا: علنيّة الجلسة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

1. علنيّة الجلسة في الشّريعة الإسلاميّة. اعتبر الفقهاء مسألة علنيّة إصدار الحكم القضائي، بحيث تطلّبوا أن يحضر مجلس القضاء غير أطراف الخصومة، فقد أوجب المالكيّة[1] في الرّاجح عندهم إحضار القاضي للشّهود حتّى يشهدوا على ما يعرض من أدلّة وما يصدر من أحكام وجعل الحنفيّة[2] والحنابلة[3] ذلك ذلك مستحبّا.

إلاّ أنّني لم أعثر لدى المالكيّة القائلين بوجوب إحضار القاضي للشّهود ما يُفهم منه عدم صحّة قضائه بغيرهم، بل إنّهم ذكروا أنّ القاضي إذا خاف المضرّة من جلوس أهل العلم، فالأفضل له أن لا يحضرهم مجلسه[4]، وقد نصّت المادّة 1815 من مجلّة الأحكام العدليّة على أنّه "يُجري القاضي المحاكمة علنا ولكن لا يفشي الوجه الذّي سيحكم به قبل الحكم"[5] وقد بيّن الشّارح أنّ العلّة في ذلك هو أن يكون هناك شهود على على الحكم عند اللّزوم ولأنّ ذلك أنفى للتّهمة[6] ولأنّ حضور العلماء مجلسه تكون فائدته تنبيهه إلى الحقّ[7].

---

(1) الحطّاب، **مواهب الجليل**...ج6 ص118؛ ابن فرحون، نفسه، ج1 ص33.

(2) ابن نجيم، **البحر الرائق**...ج6 ص303.

(3) ابن قدامة، **المغني**، ج11 ص398-399.

(4) ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص34.

(5) علي حيدر، **درر الحكّام**...ج4 ص623.

(6) نفسه، ج4 ص624.

(7) نفسه، ج4 ص587.

ويبدو لي أنّ عدم اشتراط علنيّة الإصدار من طرف متقدّمي الفقهاء كان لما غلب على القضاء من العدالة والعلم، وهو غير متوفّر بتلك الدّرجة في عصرنا، فيكون إيجابه وتعليق صحّة الحكم على التزامه كإجراء أنفع وأصلح، وهو ما يستنتج من المادّة 1815 من مجلّة الأحكام العدليّة.

2. **علنيّة الجلسة في القانون الوضعيّ**. المقصود بعلنيّة الجلسة القضائيّة أن تكون مفتوحة للجميع من خصوم وغيرهم، بحيث يجوز لهم حضور المرافعات وسماع الحكم عند إصداره، فقد نصّت المادّة 144 من الدّستور على أنّه "تُعلّل الأحكام القضائيّة، ويُنطق بها في جلسة علنيّة".

وتظهر الحكمة واضحة في ضرورة العلنيّة وهي إشاعة الطّمأنينة في نفوس العامّة وثقتهم بمنصب القضاء، وقد نصّت المادّة 38 من قانون الإجراءات المدنيّة على أنّه "تصدر الأحكام في جلسة علنيّة"، وهو ما يجب أن تتضمّن صحيفة الحكم الإشارة إليه، فقد نصّت نفس المادّة في فقرتها الخامسة على أنّه "يُشار فيها إلى أنّها صدرت في جلسة علنيّة"، ومع ذلك فيمكن جعل الجلسات سريّة لنصّ المادّة 137 من قانون الإجراءات المدنيّة على أنّ "الجلسة علنيّة وللمجلي أن يقرّر جعلها سريّة إذا رأى في العلنيّة خطرا على النّظام العامّ"[1].

وفي كلّ الحالات فإنّ الأحكام القضائيّة يجب أن تصدر في جلسة علنيّة وفق ما تنصّ عليه المادّة 38 و144 من قانون الإجراءات المدنيّة[2]، كما تنصّ المادّة 285 قانون الإجراءات الجزائيّة على أنّ "المرافعات علنيّة ما لم يكن في علانيّتها خطرا على النّظام العامّ أو الآداب وفي هذه الحالة تصدر المحكمة حكمها القاضي بعقد الجلسة سريّة في جلسة علنيّة غير أنّ للرّئيس أن يحظر على القصّر دخول الجلسة وإذا تقرّرت سريّة الجلسة تعيّن صدور الحكم في الموضوع في جلسة علنيّة"

سادسا: تسجيل الأحكام في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

1. تسجيل الأحكام في الشّريعة الإسلاميّة. لم يعرف القضاء في بداية الإسلام تسجيل الأحكام نظرا لبساطة المجتمع وقلّة الخصومات وانعدام التّجاحد حول ما تمّ الحكم فيه، ولهذا فقد نظر الفقهاء إلى المسألة على أساس الجواز في الغالب، أو الاستحباب على أحسن الأحوال.

---

(1) تنصّ المادّة 07 من مشروع القانون المتضمّن الإجراءات المدنيّة والإداريّة على أنّ "الجلسات علنيّة، ما لم تمسّ العلنيّة بالنّظام العامّ أو الآداب العامّة أو حرمة الأسرة".

(2) تنصّ المادّة 1/272 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على أنّه "يتمّ النّطق بالأحكام الفاصلة في النّزاع علنيّا"، ويقتصر ذلك على تلاوة منطوقه كما تنصّ عليه المادّة 273 منه على أنّه "يقتصر النّطق بالحكم على تلاوة منطوقه في الجلسة..."

فقد رأى المالكية جواز تسجيل الحكم القضائيّ من القاضي من تلقاء نفسه، ووجوب ذلك إن طلبه الخصوم لما في ذلك من منع لتجديد الخصام في ما تمّ البتّ فيه[1]، قال ابن فرحون:"المحكوم له إذا سأل القاضي أن يسجّل له بما ثبت له عنده، لزم الحاكم أن يسجّل له بذلك، ويذكر الوجه الذّي ثبت به الحقّ..."[2]

واعتبر الحنفيّة التّسجيل والكتابة ممّا لا بدّ منه لحفظ الدّعاوى والبيّنات والإقرارات[3]والّذي يفهم منه عدم ارتباط ذلك بطلب الخصوم، وقد نصّت المادة (1814) من مجلّة الأحكام العدليّة على وضع القاضي لسجل للأحكام (أو سجل للإعلامات حسب تعبير المجلّة)[4].

واستحبّ الشافعيّة في الرّاجح عندهم تسجيل الأحكام؛ وأوجبه بعضهم إذا طلبه الخصوم، وأوجبوه مطلقا حال تعلّق الحكم بصبيّ أو مجنون أو غائب أو لتعلّقه بوقف أو وصّية أو إجارة طويلة أو مال عامّ أو دين مؤجّل[5]، وأجاز الحنابلة التّسجيل وأوجبوه حال طلب أحد الخصوم، وقيّد بعضهم ذلك بأن يكون طلبهم حال ثبوت الحقّ بغير البيّنة، أمّا إذا ثبتت بالبيّنة فلا يجب على القاضي التّسجيل[6].

فتلخّص من ذلك أنّ الفقه الإسلامي على اعتماد التّسجيل وإيجابه حال طلب الخصوم، وإنّما تنوّعت عبارات الفقهاء القدامى بين مجيز ومستحب وموجب لتسجيل الأحكام لبساطة حياة النّاس واكتفاء الفقهاء بالإشهاد على الأحكام وكونها تنفّذ في الغالب حالا، أمّا مع تعقّد حياة النّاس والاستغناء عن الإشهاد بالتّوثيق وحاجة الأحكام لأن تقيّد لكي تكون نافذة فإنّ القول بوجوب التّسجيل يجد الأساس المتين لأنّه يتعلّق به القيام بالواجب وهو تنفيذ الأحكام واقعا، ومنعا من تجديد الخصومات.

2. تسجيل الأحكام في القانون الوضعيّ. اعتبر القانون الكتابة عنصرا شكليّا أساسيّا في صحّة الحكم القضائيّ، وقد نصّت المادّة 38 من قانون الإجراءات المدنيّة الجزائريّ على ضرورة تحرير الأحكام بما

---

(1) انظر: ابن المناصف، **تنبيه الحكّام**...ص202.

(2) **التّبصرة**، ج1 ص103.

(3) انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**...ج7 ص12.

(4) تنصّ المادة 1814 منها على أنّه "يضع القاضي في المحكمة دفترا للسّجلات ويقيّد ويحرّر في ذلك الدفتر الإعلامات والسندات الّتي يعطيها بصورة منتظمة سالمة عن الحيلة والفساد ويعتني بالدقّة بحفظ ذلك الدّفتر وإذا عزل سلّم السجلات المذكورة إلى خلفه إمّا بنفسه أو بواسطة أمينه"، والمتأمّل في وصف الشّارح للإعلام يدرك ما بلغه أمر تسجيل الأحكام من دقّة تضاهي ما عليه نسخ الأحكام على وقتنا، يقول علي حيدر: "... والإعلام يطلق على الورقة المحتوية على حكم القاضي الشّرعي وإمضائه وختمه وهذا الإعلام يحتوي على صورة دعوى المدّعي مع الأدلّة التي استند عليها وصورة جواب المدّعى عليه، وإذا كان حاويا دفعا، أسباب ثبوت الدّفع، وأن يشتمل في ختامه على ذكر الأسباب الموجبة للحكم كما هو مبيّن في المادة 1827 من بيان كيفيّة الحكم..." (علي حيدر، **درر الحكّام**...ج4 ص621).

(5) انظر:الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4 ص394-395؛ الرّملي، **نهاية المحتاج**...ج8 ص245.

(6) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج11 ص432؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3 ص507.

تتضمّنه من تصدير وأسماء وصفات الأطراف وبيان موجز لأسانيدهم مع إيراد التّعليل وتأريخ الأحكام وتوقيعها من طرف القاضي وكاتب الضّبط مع تقييدها في سجل مخصّص لذلك.

ويكون تحرير الحكم على مرحلتين، تتمثّل المرحلة الأولى في تحرير مسودّة الحكم، بينما تتمثّل المرحلة الثّانية في تحرير أصل الحكم، فأمّا مسودة الحكم فتكون كتابتها إثر المداولة وتكون مشتملة لمنطوق الحكم وأسبابه وتوقيع كلّ من اشترك في المداولة من القضاة[1]، ويتمّ إيداعها في ملف الدّعوى عند النّطق بالحكم[2].

وأمّا أصل الحكم أو النّسخة الأصليّة فهي الّتي عنتها المادّة 38 من نفس القانون، وتكون متضمّنة للبيانات الضروريّة حسب ما ذكر، ويتمّ حفظ أصل الحكم الصّادر في كلّ قضيّة بكتابة الضّبط، وسمّيت بالنّسخة لأنّها تُنسخ من مسوّدة الحكم، إلاّ أنّها تغدو بعد تحريرها وتوقيعها من طرف القاضي رئيس الجلسة وكاتب الضّبط أصلا للصّور المستخرجة سواء أكانت صورة بسيطة أم صورة تنفيذيّة[3].

و تتضمّن مسودّة الحكم أساسا الأسباب والمنطوق وتوقيع من شارك في إعداد الحكم، وأمّا أصل الحكم (أو النّسخة الأصليّة) فهي الّتي قصد القانون منها توثيق الحكم في صورة محرّر يشتمل على كلّ مواصفات العمل القضائيّ وفقا لما يتطلّبه القانون[4].

الفرع الثّاني: شروط المقضيّ به من حيث صيغته في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يُشترط لصيغة الحكم الّتي تكون محلاّ للتّحرير في صحيفة الحكم أن تكون مستوفية لشروط فرعيّة يتطلّبها قيامها بمهمّة احتواء وجه الفصل في الخصومة ومبرّراته.

أوّلا: اشتراط وضوح الصّيغة ودلالتها على الإلزام في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

1. اشتراط وضوح الصّيغة ودلالتها على الإلزام في الشّريعة الإسلاميّة. وُجدت صيغة الحكم لفصل النّزاع وبيان الحقّ، ولا يتّضح ذلك إلاّ عرف المحكوم له والمحكوم عليه ومحلّ الحق المحكوم به، فأمّا

---

(1) انظر: فتحي والي، **الوسيط**...ص696.

(2) انظر: فتحي والي، **مبادئ قانون النّقض المدنيّ**، ص539.

(3) تنصّ المادّة 41 من قانون الإجراءات المدنيّة على أنّه "تسلّم نسخة تنفيذيّة أو رسميّة عن كلّ حكم بعد تسجيله من قبل كاتب الضّبط بمجرّد طلبها " وتتميّز النّسخة التنفيذيّة بأنّها مزوّدة بالصيغة التنفيذيّة ولا تسلّم إلاّ للخصم الّذي ينتفع من تنفيذ الحكم ولا يتمّ تسليمها إلاّ مرّة واحدة إذا كان الحكم جائز التّنفيذ (انظر المادّتين 321 ،322 من ذات القانون).

(4) سبقت الإشارة إلى أنّ المادّة 38 من قانون الإجراءات المدنيّة تضمّنت البيانات الواجب إيرادها في أصل الحكم، وهي: التّصدير، ويتضمّن عبارة "الجمهوريّة الجزائريّة الديمقراطيّة الشعبيّة–باسم الشّعب الجزائريّ"، أسماء وصفات الأطراف، بيان موجز بأسانيد الأطراف، التّعليل، الإشارة إلى إصدار الحكم في جلسة علنيّة، تاريخ الحكم، توقيع القاضي مصدر الحكم وكاتب الضّبط، وهو ما اهتمّت ببيانه المادّة 276 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة.

المحكوم له والمحكوم عليه فيعرفان بذكر ما يلزم من الاسم والكنية وما شابه ذلك، مع بيان موضع السّكن والحرفة، وأمّا المحكوم به فيتعيّن بما تعيّن به الأعيان من أوصاف، وإن كان ديْنا تعيّن بقيمته[1].

وأمّا دلالة الصّيغة على الإلزام فإنّ وظيفة القاضي هي الإلزام بما يصدر من الأحكام، فيشترط لصحّتها أن تكون بصيغة تدلّ عليه[2]، ويكون بكلّ لفظ يدلّ على الإلزام كحكمت أو قضيت أو ألزمت، وهذا الشّرط قُصد منه الاحتياط لحالة ما إذا صرّح القاضي برأيه دون أن يحدّد موقفه بوضوح من النّزاع المطروح أمامه، وقد مثّل الفقهاء لذلك بحالة ما لو رُفع إلى القاضي زواج من غير وليّ فلم يزد على قوله: لا أجيز نكاحا بغير وليّ دون أن يفسخ النّكاح المعروض أمامه، فإنّ هذا لا يكون حكما، وله أن يحكم فيه فيما بعد، ولغيره من القضاة ذلك[3].

2. **اشتراط وضوح الصّيغة ودلالتها على الإلزام في القانون الوضعيّ**. لا يخفى أنّ وضوح الصّيغة ضروريّ لفهم عقيدة القاضي نحو النّزاع المطروح، كما أنّ دلالته على الإلزام وقصده الفصل في الخصومة ضروريّن إلاّ أنّ القانون الوضعيّ لا يشترطها لصحّة الحكم ابتداء، بل يجعل للمتقاضين حقّ اللّجوء لدعوى تفسيريّة إذا ما اشتمل الحكم القضائيّ على غموض[4].

ولا يُكتفى في وضوح الصّيغة على المنطوق إذا احتاج الأمر إلى العودة إلى الأسباب والوقائع، وعلّة ذلك أنّ القاضي في صياغته للأحكام لا يستطيع أن يستحضر جميع ما فصل فيه من مسائل النّزاع الموضوعيّة والشكليّة، فيكون العود إلى الأسباب والوقائع في فهم ما شاب الحكم من غموض[5].

ولّما كان غاية عمل القاضي هو الإلزام بحكمه فإنّه لا يُشترط في المنطوق وما ارتبط به من أسباب إلاّ أن يبيّن قناعة القاضي من النّزاع المطروح أمامه.

ثانيا: أن يبيّن القاضي مستند حكمه في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ

1. أن يبيّن القاضي مستند حكمه في الشّريعة الإسلاميّة.

---

(1) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص104؛ الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4 ص394؛ ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص466.

(2) انظر: الرّملي، **نهاية المحتاج**...ج8 ص257.

(3) انظر: **الخرشي**، ج7 ص167؛ **حاشية الدّسوقي**، ج4 ص197.

(4) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضي**...ص60-61.

(5) سأعود لحجيّة الأسباب والوقائع ص 432-442 من هذا البحث.

اشترط بعض الفقهاء على القاضي أن يبيّن المستند الذّي بنى عليه حكمه، أو بتعبير آخر يجب عليه أن يسبّب الأحكام الصّادرة عنه، وقد قصر هؤلاء الفقهاء هذا الوجوب على حالتين هما:

- إذا كان القاضي من قضاة الضّرورة: وهو القاضي الّذي لم يستجمع شروط القضاء، وإنّما عُيّن للضرورة نظرا لعدم وجود من تتوافر فيه الشّروط، ولأنّ الفصل في منازعات النّاس ضرورة لا تقبل التّأجيل، فكان واجبا على هذا القاضي ذكر مستند حكمه، فإذا استغنى عن بيان مستند حكمه لم يُعتد بحكمه[1].
- إذا كان الحكم يتضمّن نقض حكم سابق: متى تعرّض القاضي لحكم سابق منه أو من غيره بالنّقض والإبطال لسبب من الأسباب الموجبة للنّقض فإنّ ذلك يتطلّب منه بيان السّبب الذّي اعتمده لنقضه، كأن يكون حكما مخالفا لنصوص القرآن والسنّة وما انعقد عليه الإجماع، وإذا لم يبيّن سبب النّقض كان نقضه باطلا[2].

والمتأمّل في حال القضاء والنّاس يدرك ضرورة تسبيب الأحكام، وأن يشمل ذلك كلّ الأحكام بلا استثناء نظرا لأنّ الغالبيّة السّاحقة من القضاة في دول العالم الإسلاميّ هم أدنى مرتبة من قضاة الضّرورة الذّين تحدّث عنهم الفقهاء، ولأنّ ذلك أنفى للرّيبة والظنّ في نفوس المتقاضين بعد أن خربت الضّمائر والذّمم، ولأنّ ذلك يمكّن السّلطة المخوّلة الرّقابة على أحكام القضاة ونقضها متى استدعى الأمر ذلك.

ولعلّ الفقهاء الأوائل لم يشترطوا هذا الشّرط لاستقامة حال النّاس وانشغالهم بعلم الشّريعة وثقتهم بالقضاة نظرا لما كانوا عليه من درجة عظيمة من العلم والورع، أمّا والحال مختلف فإنّ السّير على منهجهم يقتضي اشتراط التّسبيب على أحكام القضاة جميعا إمعانا في دفع الشّكوك والتزام الجادّة من القضاة وتمكين السّلطة المخوّلة بالرّقابة على الأحكام.

بل إنّ الاسترشاد بمنهج النّصوص العصماء يؤسّس للقول بوجوب تسبيب الأحكام مطلقا، فإنّ الله تعالى قد بيّن في كثير من الأحكام سبب تشريعها، بل إنّ الشّارع توسّع في بيان الحِكم في تشريع المعاملات وكان أكثر تعليلاته فيها بالمناسب الذي إذا عُرض على العقول تلقّته بالقبول، من ذلك قوله تعالى تثنية على تشريع القصاص: (❒◆⬧♒⧫⬥◆❍ ⧫⬧♓ ➔⬃ ❍⬧⬧ ⬀⬘⬃☺⬧⬧⬃⬀ ❍⬧◆⬧⬃◆❍⬃ ➔ ◆❍⬃⬧⬧◆⬧⬧◆ ❍⬧◆⬧⬃◆❍➔ ◆⬧❒⬧➔◆)[3] وقوله تعالى ختاما لنصّ تحريم الخمر والميسر: (⬃◆⬧⬧☺⬧⬧)

---

(1) انظر: الرّملي، **نهاية المحتاج**... ج8 ص240.

(2) انظر: **حاشية الدّسوقي**، ج4 ص193؛ السّيوطي، **الأشباه والنظائر**.. ص495؛ البهوتي، **شرح منتـــهى الإرادات**، ج3 ص479؛ القارّي، **مجلّة الأحكام الشرعيّة**، ص605.

(3) **سورة البقرة**، الآية 179.

[illegible]...)[1].

فإذا كان الشّارع الحكيم العادل قد بيّن أسباب حكمه وهو المتزّه عن الخطأ والميل والغفلة، والغني عن البيان والتّسبيب بمقتضى الألوهيّة، فإنّ قضاة البشر جميعا ملتزمون بتسبيب أحكامهم وبيان مستنداتهم نظرا لما جُبل عليه البشر من القصور والغفلة والميل، ولحاجتهم إلى إقناع المتقاضين بعدالة حكمهم بمقتضى ما بينهم من نِدّيّة.

2. أن يبيّن القاضي مستند حكمه في القانون الوضعيّ. يُطلق عليه في القانون الوضعيّ تسبيب الأحكام القضائيّة، ويُقصد به ما يستند عليه القاضي من نصوص قانونيّة وقواعد تمكّنه من تكوين قناعته واستند عليها في الخلوص إلى ما يجب الحكم به في النّزاع[2].

وتظهر أهمّيّة التسبيب في أمور أهمّها[3]:

- أنّ التّسبيب يعتبر ضمانا لحياد القاضي، وكونه لم يبن أحكامه على مجرّد الهوى والتّحكم، بل على نظر رصين ومنطقيّ مجرّد من كلّ الأهواء.
- أنّه يحفظ حقّ الدّفاع من خلال التّحقّق من أنّ القاضي تعرّض بالنّظر لدفاع الخصوم.
- أنّه يمنح الأحكام القضائيّة قدرا من الاحترام والقبول الدّاعيين إلى الثّقة بالقضاء.
- أنّه يمنح فرصة الطّعن في الحكم من خلال الطّعن في الأسباب الّتي بنى عليها القاضي حكمه، ويسهّل على محكمة الطّعن مراقبة الحكم المطعون.

ويشترط القانون التّعليل للأحكام القضائيّة حيث تنصّ المادّة 38 من قانون الإجراءات المدنيّة على أنّ "...تعليل الأحكام واجب"[4] وهو نفس ما تشترطه المادّة 314 من قانون الإجراءات الجزائيّة.

---

(1) **سورة المائدة**، الآية 91.

(2) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص356؛ أحمد ماهر زغلول، **أعمال القاضي**...ص423؛ أحمد هندي، **قانون المرافعات**... ص477.

(3) أحمد هندي، نفسه، ص477-478.

(4) تنصّ المادّة 11 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على أنّه "يجب أن تكون الأوامر والأحكام والقرارات مسببة"، كما تلزم المادّة 277 منه تسبيب الحكم للنّطق به إذ تنصّ على أنّه "لا يجوز النّطق بالحكم إلاّ بعد تسبيبه..."

المبحث الثّالث: أثر اعتبار شروط صحة الحكم القضائيّ على حجيّته في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الأصل أن لا يحوز الحكم القضائيّ الحجيّة إلاّ إذا كان صحيحا وفق ما حدّدته الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ، إلاّ أنّ ربط حجيّة الحكم بصحّته لم يكن موضع اتّفاق بين النّظامين، فبينما التزمت مقولات فقهاء الشّريعة شروط الصحّة المقرّرة لترتيب حيازة الحجيّة من عدمه، فإنّ القانون الوضعيّ ميّز بين العيوب اللاّحقة بالحكم القضائيّ والتي تقصره عن مرتبة الصحّة، فجعل بعضها سببا للبطلان غير مانع لحيازة الحجيّة وجعل البعض الآخر سببا للانعدام مانعا من حيازة الحجيّة، وهو ما يدعوني إلى التعرّض لهذا المبحث في فرعين هما:

المطلب الأوّل: أثر اعتبار شروط صحّة الحكم القضائيّ على حجيّته في الشّريعة الإسلاميّة.

المطلب الثّاني: أثر اعتبار شروط صحّة الحكم القضائيّ على حجيّته في القانون الوضعيّ.

المطلب الأوّل: أثر اعتبار شروط صحّة الحكم القضائيّ على حجيّته في الشّريعة الإسلاميّة.

سبقت الإشارة إلى أنّ الفقه الإسلاميّ يعرّف الشّرط بأنّه "ما يتوقّف وجود الحكم على وجوده ويلزم من عدمه عدم الحكم"[1]، وأنّ معنى شرط الصحّة تحديدا هو ما تطلّب الشّرع توفّره حتى يكون الحكم صحيحا[2]، كما أنّ الفقه الإسلاميّ قصر معنى الحكم القضائيّ على ما يكون حكما صحيحا صادرا عن جهة قضائيّة مختصّة فاصلا في الموضوع، وقد درج الفقهاء على عدم تسمية ما يصدر عن غير الجهات القضائيّة أحكاما وكذلك الأحكام غير الفاضلة في الموضوع، ومعنى هذا أنّه متى استحقّ الحكم تسمية الحكم القضائيّ فهو الحائز للحجيّة الذّي لا يجوز نقضه أو إعادة المنازعة فيما قضى به[3].

ويعبّر الفقهاء عادة بعدم نفوذ الأحكام عند عدم صحّتها، وعدم النّفوذ هنا يُقصد به عدم الاعتداد به مطلقا لا مجرّد عدم استحقاقه التّنفيذ، ورغم وجود بعض الاختلاف بين مذاهب الفقهاء حول بعض الشّروط

(1) عبد الوهاب خلاف، **أصول الفقه**، ص119.

(2) انظر ص 163-164 من هذا البحث.

(3) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص80-81؛ الطّرابلسيّ، **معين الحكّام**... ص38-40.

إلاّ أنّ ما يهمّ بالنسبة للبحث هو اتّفاقهم على أنّ مخالفة الحكم القضائيّ لشروط صحّته في نظر المذهب ينتج عنها عدم حيازته للحجيّة.

والمتتبّع لعبارات الفقهاء فيما تعلّق بشروط صحّة الحكم القضائيّ يجدهم يقرنون عدم الصحّة بعـــدم النفاذ ممّا يدّل على أنّ كلّ ما قرّره من شروط لصحّة الحكم القضائيّ هي شروط لحيازته الحجيّة على اعتبار أنّه لا يكون حائزا للحجيّة إلاّ إذا كان صحيحا، ولا يكون صحيحا إلاّ بتوافر جميع شروط صحّته.

ومن ذلك أنّهم عبّروا عن الشّروط الواجب توفّرها في القاضي بأنّها الشّروط التي يصحّ معها تقليـــده وينفذ بها حكمه[1]، وأنّ من عُدم منها وكان تقليده بجهل أو غرض فاسد فإنّه لا يصحّ ويردّ[2]، ومثاله أيضا ما صرّح به جمهور الفقهاء المشترطين لشرط العدالة لصحّة القضاء بأنّ عدمها يقتضي عدم نفـــوذ الأحكـــام[3]، واضطرّ متأخّرو المالكيّة إلى القول بصحّة ولاية غير العدل للقول بنفوذ أحكامه وإمضاء ما وافق الحقّ ووجه الحكم[4]، ومثاله أيضا ما صرّح به الجمهور من أنّ ولاية غير المجتهد باطلة، وأحكامه مـــردودة وإنّ وافقـــت الصّواب[5]، واضطرّ متأخّرو المذهب إلى القول بصحّة ولاية المقلّد للقول بنفوذ أحكامه[6].

وهو ما ينطبق على سائر شروط القاضي، فمن اشترط من الفقهاء شرطا لصحّة الحكم القضائي رتّب على انعدامه عدم استحقاق الحكم القضائي للحجيّة.

ومن ذلك أنّ الفقهاء اشترطوا لصحّة الحكم القضائي أن يكون صادرا عن شـــخص مـــولّى لهـــذه الوظيفة، وعرّفوا القضاء بأنّه "صفة حكميّة توجب لموصوفها نفوذ حكم شرعي...". فجعلوا خصيصة صفة التّولية ونتيجتها نفوذ حكم المولّى، فمتى لم تكن للشّخص ولاية القضاء لم يكن حكمه صحيحا ولا نافذا.

واضطرّ القائلون بنفاذ حكم المولّى من قبل الإمام الجائر والأمير المستولي والحاكم الكافر إلى القـــول بصحّة التّولية وانعقادها نظرا لأنّهم يربطون بين صحّة الولاية ونفاذ الأحكام القضائيّة وحجيّتها.

---

(1) انظر: الماوردي، **الأحكام السلطانيّة**... ص128.

(2) انظر: ابن فرحون، نفسه، ج1 ص23.

(3) انظر: **حاشية الدّسوقي**، ج4 ص129؛ الحطّاب، **مواهب الجليل**...ج6 ص87؛ الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4 ص375؛ الشّيرازي، **المهذّب**...ج2 ص290؛ الماوردي، **الحاوي الكبير**... ج20 ص223؛ المرداوي، **الإنصاف**...ج11 ص177؛ المقدســيّ، **العــدّة**... ص525؛ ابن قدامة، **المغني**، ج11 ص380؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3 ص464.

(4) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص21.

(5) انظر: الماوردي، **الأحكام السلطانيّة**...ص130؛ الفرّاء، **الأحكام السلطانيّة**، ص62.

(6) انظر: **حاشية الدّسوقي**، ج4 ص129؛ ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص76؛ البهوتي، **كشّاف القناع**...ج6 ص290.

ومن ذلك أن الفقهاء اشترطوا لصحّة الحكم القضائيّ أن يكون بطلب من المحكوم له، ورتّبوا على ذلك أنّه إذا صدر الحكم القضائيّ دون توفّر هذا الشّرط لم يكن ما صدر حُكما معتبرا[1].

كما اشترطوا لصحّة الحكم القضائيّ في المحكوم له أن لا يُتّهم القاضي بالميل له، ورتّبوا على ذلك أنّه إذا صدر الحكم القضائي في المواضع التي يتّهم فيها القاضي بالميل فإنّه لا يكون محلّ اعتبار، قال القرافي: "التّهمة قادحة في التّصرفات على الغير إجماعا"[2]، وهو ما ينطبق على شرط صحّة الحكم القضائي المتعلّق بالمحكوم عليه وهو أن لا يُتّهم القاضي بالإجحاف في حقّه.

ولقد كانت عبارات الفقهاء صريحة متضافرة في عدم نفاذ الحكم القضائيّ المخالف لأحكام الشّريعة بناء على اشتراطهم لصحّته عدم مخالفتها، فهو حال مناقضتها كالعدم يجب إظهار بطلانه من القاضي مصدر الحكم أو من غيره من القضاة متى اطّلع عليه.

بل إنّ الأحناف المجيزين لتقييد القاضي بمذهب معيّن، رتّبوا على ذلك اشتراط تقيّده القاضي به حتّى يصحّ حكمه، ورتّبوا على ذلك تبعا قولهم بأنّ مخالفته له يكون سببا لعدم نفاذ قضائه بغير المذّهب المحدّد له[3].

كما أنّ المجيزين لإلزام القاضي بالتّقنين المعتمد جعلوا شرط صحّة الحكم القضائيّ التزامه به، ورتّبوا على ذلك أنّ القاضي إذا حكم بخلاف ما تضمّنه التّقنين، و لم يكن هذا التّقنين متضمنا مخالفة لحكم الشّريعة فإنّ حكم القاضي يكون معدوما ولا ينفذ ولا حجيّة له لأنّه يكون قد تصرّف خارج حدود الوكالة فلا يُضاف إلى الأصيل (الحاكم)، ولا يُنسب إليه لأنّ القضاء ولاية يمنحها الحاكم فيكون تصرّفه في حكم العدم[4].

كما أنّ المالكيّة المشترطين للإعذار قبل الحكم لصحّة الحكم القضائيّ رتّبوا على ذلك أنّ نفاذه متوقف على وجود الإعذار، بحيث يُنقض حكم القاضي إذا تمّ دونه[5]، كما اعتبر الحنفيّة صدور الحكم القضائي في غير خصومة قائمة حقيقيّة أمام القاضي مجرّد فتوى لا تنفذ[6]، بل إنّ الفقهاء لّما صحّحوا شرط تخصيص القضاء بالموضع وجعلوه شرطا لصحّة الحكم القضائيّ رتّبوا على ذلك قولهم بأنّ قضاء القاضي خارج المكان المحدّد له جغرافيا باطل لا يعتدّ به[7]، وهو ما ينطبق على سائر الشّروط اللازمة لصحّة الحكم القضائيّ.

---

(1) انظر: ابن نجيم، **البحر الرائق**...ج7 ص11.

(2) **الذّخيرة**، ج10 ص109.

(3) انظر: ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**...ج5 ص408؛ ابن قطلوبغا، **موجبات الأحكام**...ص194.

(4) انظر: محمّد كمال الدين إمام، **التّقنين**، ص307.

(5) انظر: الحطّاب، **مواهب الجليل**، ج6 ص132؛ القرافي، **الذّخيرة**، ج10 ص76.

(6) انظر: ابن نجيم، **البحر الرائق**... ج7 ص11؛ ابن قطلوبغا، نفسه، ص104-105.

(7) انظر: الماوردي، **الأحكام السلطانيّة**... ص70؛ البهوتي، **كشّاف القناع**...ج6 ص290؛ ابن قدامة، **المغني**، ج9 ص105.

ولّما كان التّقنين ضرورة الحياة المعاصرة، وكان من الضّروري اعتبار صحّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة منوطة بالتقيّد بالتّقنين المعتمد بشرط أن لا يتضمّن مخالفة لأحكام الشّريعة، ذلك أنّ القاضي كما سبق بيانه وكيل عن الحاكم أو نائبه في الحكم بين النّاس، وهو ملزم صراحة أو ضمنا بأن يتقيّد بالتّقنين المعتمد ليكون تصرّفه في حدود الوكالة وبالتّالي يكون صحيحا.

فإذا حكم بخلاف ما تضمّنه التّقنين، وكانت المخالفة صريحة، ولم يكن التّقنين متضمّنا مخالفة لحكم الشّريعة في المسألة المقضيّ فيها فإنّ القاضي يكون قد تصرّف خارج حدود الوكالة وتصرّفه بذلك لا يمكن أن يُنسب إلى الأصيل (الحاكم أو نائبه) لمخالفة التّقنين، ولا يمكن أن يُنسب للقاضي لأنّ القضاء ولاية يمنحها الحاكم، فكان تصرّفه في حكم العدم، واستحقّ قضاؤه الإبطال.

ويتبيّن ممّا تقدّم أنّ فقهاء الإسلام حين وضعوا شروطا لصحّة الحكم القضائيّ إنّما قصدوا أن يضعوها شروطا لصحّته ونفاذه وحيازته الحجيّة، فليس في اجتهادهم وفقههم مجال لحيازة الحكم القضائيّ للحجيّة واستحقاقه للنفاذ حال تخلّف أحد شروط صحّته، ولهذا فإنّهم لم يكونوا يطلقون مصطلح "الحكم القضائيّ" حقيقة إلاّ على الحكم الحائز للحجيّة.

المطلب الثّاني: أثر اعتبار شروط صحّة الحكم القضائيّ على حجيّته في القانون الوضعيّ.

لا يمكن الحديث عن حيازة الحكم القضائي للحجيّة إلاّ بالتّسليم ابتداء بصحّته، وهو ما يقتضي توافر أركان الحكم، فـ"لكي يتمتّع الحكم بحجيّة الأمر المقضيّ لا بدّ أن يشتمل على الأركان الأساسيّة لقيام الحكم"[1].

ويبدو هذا كلام واضح لا غبار عليه، إلاّ أنّ مراجعة مباحث صحّة الحكم القضائيّ في القانون يطلعنا على أنّ الركن استعمل بمعنى الشّرط، وهذه الأركان لا تغطّي ما سبق التعرّض له من شروط، كما أنّ اختلاله لا يترتّب عنه دوما عدم حيازة الحكم للحجيّة[2].

ويعود ذلك في تقديري لسببين أساسيين:

السّبب الأوّل: أنّ مفهوم الصحّة وإن كان يفارق مفهومي البطلان والانعدام من الناحيّة النّظرية، إلاّ أنّ الحكم الصحيح والحكم الباطل يتقاربان من حيث التّعامل معهما قانونا، حيث يبيح القانون الطّعن في كلّ

(1) عبد الحكم فوده، **موسوعة الحكم القضائي**... ص2327.

(2) أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص320؛ أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص585.

منهما بطرق الطّعن المعلومة، كما يجعل تفويت فرصة الطّعن أو استيفائها سببا لتحصّن الحكم الباطل عن المساس به فيغدو كالحكم الصّحيح، خلافا للحكم المنعدم الذّي يفتح القانون فرصة إلغائه عبر دعوى مبتدأة.
السّبب الثاني: أنّ صحّة الحكم القضائيّ تتحدّد بشكل أساسي فيما يفرضه التّشريع من قواعد إجرائيّة على اعتبار أنّ قوانين المرافعات تحدّد أوضاعا معيّنة يجب أن تراعى في رفع الدّعوى وتستمرّ إلى غاية كتابة الحكم والنّطق به.

لأجل ما تقدّم فإنّه يبدو لي من الضّروري للوقوف على صحّة الحكم القضائيّ في القانون الوضعيّ تحديد أركانه وبيان موقع الشّروط السّابق ذكرها من هذه الأركان، وكذا بيان مفاهيم صحّة وبطلان وانعدام الأحكام القضائيّة، والخلوص أخيرا إلى بيان مدى اعتبار شروط صحّتها على القول بحجيّتها، لأجل ذلك فقد تناولت هذا المطلب في فروع ثلاثة على النّحو التّالي:
الفرع الأوّل: تحديد أركان الحكم القضائيّ وبيان موقع باقي الشّروط منها.
الفرع الثّاني: الحكم القضائي بين الصحّة والبطلان والانعدام.
الفرع الثّالث: مدى اعتبار شروط صحّة الحكم القضائيّ على القول بحجيّته

الفرع الأوّل: تحديد أركان الحكم القضائيّ وبيان موقع باقي الشّروط منها.

يحدّد بعض الباحثين أركان الحكم القضائيّ بثلاثة وهي[1]:

1- صدور الحكم القضائيّ من محكمة تتّبع جهة قضائيّة.
2- أن يصدر الحكم بما للمحكمة من سلطة قضائيّة، أي في خصومة.
3- أن يكون الحكم مكتوبا.

بينما يفضّل البعض الآخر التّعبير عنها بشكل مغاير فيجعل أركانه هي[2]:

1- صدور الحكم من قاض.
2- أن يصدر الحكم بمنطوق يعبّر عن إرادة القاضي التي هي في الواقع إرادة القانون.
3- صدور الحكم في خصومة قضائيّة منعقدة قانونا.

---

(1) أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص320؛ أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص585.
(2) عبد الحكم فوده، **موسوعة الحكم القضائيّ**...ص2326.

والحقيقة أنّ إيراد الأركان بهذه الكيفيّة أقرب إلى التّعبير عن شروط صحّة الحكم القضائي لا تحديد عناصره الأساسيّة المسمّاة أركانا، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ الاقتصار على المذكور منها يُغفل عناصر أخرى لا تقلّ أهمّيّة عنها، ولهذا يتولّى التّشريع النصّ عليها، وانطلاقا ممّا ذكر يمكن تحديد عناصر الحكم بأنّها الجهة المصدّرة للحكم (الحاكم) والخصومة القضائيّة وتحرير الحكم.

بينما يتطلّب الحكم عناصر أخرى يفترضها الوجود الفعليّ والمنطقيّ للحكم كوجود أطراف خصومة (محكوم له أو عليه) أو يُلزم بها القانون كركن العلانيّة في إصدار الأحكام، ويمكن مع ذلك اعتبار باقي العناصر مُدرجة بشكل مباشر أو غير مباشر ضمن الأركان المذكورة، إذ أنّ الخصومة لا تنعقد قانونا إلاّ بوجود الأطراف، كما أنّ القانون يفترض إصدار الأحكام المحرّرة في جلسة علنيّة.

الفرع الثّاني: الحكم القضائي بين الصحّة والبطلان والانعدام.

يفرّق الفقه القانوني في الحديث عن صحّة الأحكام القضائيّة بين الأحكام الصحيحة والباطلة والمنعدمة[1]، إذ يقوم الحكم القضائيّ على عناصر أساسيّة بحيث يُعتبر تخلّفها سببا لانعدامه، ويفرض التّشريع مراعاة قواعد إجرائيّة معيّنة بحيث يُعتبر غيابها سببا للبطلان[2]، ولهذا فمتى توفّرت تلك العناصر وروعيت تلك القواعد كان الحكم صحيحا.

وتتّفق الأحكام الباطلة والأحكام المنعدمة في وجود عيب فيها نزل بها عن مرتبة الأحكام الصحيحة، إلاّ أنّ العيب إذا كان جوهريّا يمسّ كيان الحكم فإنّه يفقده صفته كحكم فيكون منعدما، بينما إذا كان مجرّد شائبة تمسّ صحّته دون أن تنال من كيانه فإنّ العيب لا يفقده صفته كحكم وإن كان ينتصب كسبب للبطلان[3].

ومردّ ذلك إلى أنّ العمل الإجرائي يمرّ بمرحلة أولى يوجد فيها العمل أوّلا، ويكون ذلك بتوافر أركان قيامه فيخرج من الانعدام إلى الوجود، ثمّ مرحلة أخرى يصحّ فيها العمل، ويكون ذلك بتوافر أركان صحّته

---

(1) في تعبير "الأحكام المنعدمة" تجوّز لأنّه لا يوصف المعدوم، ولهذا يصف بعضهم الحكم المعدوم بـــ "اللاّحكم" (انظر: إدوار غالي الذهبي، **حجيّة الحكم الجنائي**... ص182).

(2) انظر: عبد الحكم فوده، **موسوعة الحكم القضائيّ**...ص36.

(3) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**... ص320.

فيخرج من الوجود المجرّد إلى الصحّة، فلا يمكن الحديث عن صحّة الحكم أو بطلانه حتّى يكون موجودا، وإلاّ كان منعدما[1].

ولّما كان وجود الحكم هو نقيض انعدامه، وكان الوجود نوعان وجود فعلي ووجود قانونيّ، والثّاني منهما أخصّ من الأوّل فقد اختلفت الآراء حول حقيقة الأحكام المنعدمة: هل هي المنعدمة فعليّا بتخلّف بعض العناصر التي لا يُتصوّر وجود الأحكام دونها منطقيّا لأنّ طبيعتها وموضوعها تفترضها أم هي المنعدمة قانونا بتخلّف أحد العناصر التي يفترض القانون وجودها؟[2]

والحقيقة أنّ عناصر الوجود الفعلي والقانوني كلاهما تتظافر لتقرير وجود الشيء أو انعدامه، كما أنّ الوجود الفعليّ سابق على الوجود القانونيّ، والقانون يقرّ وجود الشيء حُكما أو انعدامه، ولهذا عُرّف انعدام العمل الإجرائي بأنّه عدم وجود الإجراء قانونا[3]، فإذا قدّرنا أن أركان الحكم ثلاثة هي[4]:

- الجهة القضائيّة.
- الخصومة.
- تحرير الحكم.

فإنّه من الطبيعي الجزم بأنّ وجود الجهة القضائيّة مصدرة الحكم أمر يفرضه المنطق بحيث لا يمكن أن نتصوّر حكما قضائيّا دون أن نفترض وجود الجهة التي أصدرته قطعا، بينما يعتبر تحرير الحكم أمر زائد على وجوده افترضه القانون وألزم به بحيث لا يعتدّ بالحكم القضائي إلاّ إذا كان محرّرا وفق ما يقتضيه.

وينصرف معنى الحكم القضائيّ الباطل إلى الحكم الذّي لم يراع القواعد الإجرائيّة التي يفرضها القانون[5]، إذ أنّ قوانين المرافعات تحدّد أوضاعا معيّنة يجب أن تُرفع الدّعوى في إطارها وتستمرّ إلى غاية كتابة الحكم والنّطق به.

وذلك أن القانون قد تطلّب إجراءات معيّنة ليكون الحكم القضائيّ صحيحا، فمتى خلا منها كان معيبا، ومثاله أنّ القانون أوجب على القاضي أن يعرض أمر تنحّيه متى توفّر سبب من أسباب الردّ وفقا للمادّة

---

(1) **انظر**: عبد الحكم فوده، نفسه، ص36.

(2) انظر: فتحي والي، **نظريّة البطلان في قانون المرافعات**، منشأة المعارف، الإسكندريّة، مصر، ط1، 1959م، ص512-513.

(3) انظر: عبد الحكم فوده، **البطلان**... ص36.

(4) انظر: أحمد أبو الوفا، نفسه؛ أحمد هندي، **قانون المرافعات**... ص585.

(5) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**... ص126.

204 من قانون الإجراءات المدنيّة، وأجاز طلب ردّه في أحوال محدّدة، فإذا قضى القاضي في إحدى هذه الحالات رغم علمه بقيام سبب الردّ كان حكمه باطلا لمخالفته للإجراءات المحدّدة قانونا.

والحقيقة أنّه حتّى ولو تحدّدت أسباب معينة للانعدام فإنّ التّفرقة بين حالات الانعدام والبطلان تدقّ في كثير من الأحيان بسبب تقدير أهميّة العيب اللاّحق بالحكم، إن كان جوهريّا أفقده صفته كحكم أم دون ذلك ممّا لا يترتّب عنه سوى البطلان[1]، ويتّجه البعض إلى عدم التّسليم بوجود أحكام منعدمة، بحيث أنّ الأحكام إمّا أن تكون صحيحة أو باطلة، وكافّة المعايير الموضوعة للتّفرقة بين الحكم الباطل والحكم المنعدم إمّا بسطت فكرة الانعدام على الأحكام الباطلة أو العكس[2].

وتظهر أهميّة التّمييز بين الحكم الباطل والحكم المنعدم في أنّ الحكم الباطل يعدّ موجودا مرتّبا كلّ آثاره القانونيّة إلى أن يُحكم ببطلانه بواسطة طرق الطّعن المحدّدة قانونا، وإذا فوّت الخصوم مواعيد الطّعن فإنّ الحكم الباطل يتحصّن ويسقط حقّهم فيه، ولا يكون ذلك مصحّحا للحكم من العيب، وإنّما يعفيه من إعمال الجزاء المتمثّل في عدم قدرة العمل المعيب على توليد الآثار اعتبارا لمصالح تتعلّق بمنع إطالة الإجراءات وإضاعة الوقت وكثرة النفقات[3]، ويرى البعض أنّ حيازة الحكم الباطل للصّفة النهائيّة تطهّره من عيوبه وتجعل له شأن الحكم الصّحيح[4].

أمّا الحكم المعدوم فلا يرتّب أي أثر ولا يلزم الطّعن فيه للتمسّك بانعدامه وإنّما يكفي إنكاره عند تمسّك بعض الخصوم بما اشتمل عليه من قضاء وهو ما يسمّى بالدّفع بالانعدام، كما يكون بالطّعن فيه دون اعتبار لمواعيد الطعن، كما يمكن للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه[5]. وهذا على اعتبار أنّ الحكم المنعدم لا يتحصّن بمرور الزمن، فإنّ ما بني على المعدوم يكون معدوما[6].

بل إنّ الطّعن فيه يعدّ مسايرة من المشرّع للمنطق العمليّ قصد تمكين المحكمة من الاطّلاع عليه قصد بيان انعدامه، ولهذا فقد عُدّ حالة من حالات الطّعن بطريق التماس إعادة النّظر لحالة الحكم بما لم يطلب أو

---

(1) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**... ص320؛ إدوار غالي الذّهبي، **حجيّة الحكم الجنائي**... ص184.

(2) انظر: إدوار غالي الذهبي، نفسه.

(3) انظر: نبيل إسماعيل عمر، **النّظام القانونيّ للحكم القضائيّ**، ص211؛ إدوار غالي الذّهبيّ، نفسه، ص181؛ عبد الحكم فوده، نفسه، ص130.

(4) انظر: إدوار غالي الذّهبيّ، نفسه؛ أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص400.

(5) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص321؛ عبد الحكم فوده، **البطلان**...ص36-37؛ أحمد هندي، **قانون المرافعات**... ص585؛ إدوار غالي الذّهبيّ، نفسه، ص183.

(6) انظر: عبد الحكم فوده، نفسه، ص36.

بأكثر ممّا طلب[1]، بينما الأصل أن لا يعدّ الحكم المعدوم حكما في نظر القانون، ولا يخضع لقواعد الطّعن في الأحكام[2].

وهكذا يتلخّص ممّا تقدّم أنّ الأحكام الصحيحة وإن فارقت الأحكام الباطلة والمنعدمة في توافرها على عناصر الحكم ومراعاتها للإجراءات المحدّدة قانونا فإنّها تشترك معها في خضوعها لمبدأ الطّعن في الأحكام وحقّ الخصوم في استئنافها كمبدأ عامّ، كما تشترك مع الأحكام الباطلة في تحصّنها من المساس بها بمجرّد فوات مواعيد الطّعن أو استيفائها من قبل الخصوم على اعتبار أنّ كشف بطلانها يجب أن يجري وفق ما حدّده القانون من طرق ومواعيد منعا من تأبيد المنازعات بدعوى قيامها على إجراءات باطلة، وهذا منطق تحكمه اعتبارات عمليّة بحتة.

الفرع الثّالث: مدى اعتبار شروط صحّة الحكم القضائيّ على القول بحجيّته

الحقيقة أنّه لا يمكن اعتماد صحّة الحكم القضائيّ كشرط لازم لحيازته الحجيّة، إذ أنّ عدم إلغاء الحكم يعني استمرار حيازته لها[3].

لأجل ما تقدّم فإنّ الحكم القضائيّ لا يمنعه من حيازة الحجيّة وجود سبب للبطلان متى تحصّن على الطّعن، بحيث لا يمكن للخصوم التمسّك ببطلان الحكم أو الدّفع به في الدّعاوى الجديدة خلافا لحالة الانعدام إذ لا يحوز الحكم القضائيّ المعدوم حجيّة ويجوز للخصم الدّفع بانعدامه في الدّعاوى الجديدة.

وأساس ذلك أنّ مراعاة الإجراءات والمواعيد والأوضاع المحدّدة قانونا للطّعن في الأحكام تعدّ في النّظام العامّ بحيث يكون للقاضي رفض الطّعن لرفعه في غير ميعاده.

ورغم ما تقدّم ذكره فإنّ ما فرضه القانون من إجراءات تجب مراعاتها ليست على مرتبة واحدة، إذ أنّ بعضها تتّصل اتّصالا مباشر بما يعدّ عنصرا من عناصر الحكم، فيكون خلو الحكم من ذلك الإجراء علامة

---

(1) تنصّ المادّة 194 من قانون الإجراءات المدنيّة على أنّه من الحالات التي يجوز فيها التماس إعادة النّظر فيها هي حالة "...إذا حُكم بما لم يطلب أو بأكثر ممّا طلب..."

(2) انظر: أحمد هندي، نفسه، ص585؛ أحمد أبو الوفا، نفسه، ص320-321.

(3) تقول ناتالي فريسيرو (Natalie FRICERO) : "إنّ صحّة القرار ليس شرطا لحيازته حجيّة الشيء المقضيّ، فإنّ الحكم يحوز هذه الحجيّة ما دام لم يُلغ بواسطة طريق من طرق الطّعن"

«La régularité de la décision n'est pas une condition de l'autorité de la chose jugée, le jugement bénéficie de cette autorité tant qu'il n'a pas été annulé par l'exercice d'une voie de recours…» (Natalie FRICERO, *op. cit.*, p.910)

على انعدام ركن الحكم وبالتالي انعدام الحكم ذاته، بينما لا يكون خلو الحكم من البعض الآخر سببا لانعدامه وإنّما سببا لبطلانه.

وتطبيقا لذلك بالنّظر إلى الأركان المحدّدة والشروط السّابق ذكرها فإنّ الحكم الصّادر عن شخص غير معيّن للقضاء، أومن شخص زالت عنه ولاية القضاء بسبب العزل أو الإحالة على التّقاعد أو الاستقالة يُعتبر معدوما لانتفاء صفة القاضي[1].

بينما يُعتبر الحكم الصّادر من قاض يجوز ردّه عملا بالمادّة 201 من قانون الإجراءات المدنيّة باطلا لا معدوما على افتراض أنّ طالب الردّ لم يعلم بأسبابه إلاّ بعد صدور الحكم، وكذلك فإنّه إذا كان يُتطلّب لوجود الحكم القضائيّ وجود خصومة، فإنّه متى انعدمت هذه الأخيرة كان الحكم القضائيّ مفتقدا لركن أساسيّ، واستحقّ لأجل ذلك الوصف بالانعدام، "... ذلك أن الحكم لا يوجد وحده بغير أعمال الخصومة السّابقة عليه فلا يصحّ وحده لإنتاج آثاره"[2].

ولّما كانت الخصومة جملة من الإجراءات المتتابعة، فإنّ غياب هذه الإجراءات أو انعدامها يترتّب عليه اعتبار الأحكام الصّادرة كنتيجة لها معدومة، فإذا لم تُعلن صحيفة الدّعوى للمدّعى عليه أو كان غير أهل للتّقاضي أو كان متوفّيا قبل رفع الدّعوى عليه فإنّ الحكم يُعتبر معدوما لانعدام الخصومة[3]، ويعدّ حكما منعدما إذا انقضت الدّعوى الجنائيّة بالتّقادم أو العفو أو الوفاة لانقضاء الخصومة[4]، كما يعدّ منعدما الحكم بما لم يطلبه الخصوم لأنّه صادر في غير خصومة[5]، ومع ذلك فقد اعتبرها القانون حالة من حالات الطّعن بطريق التماس إعادة النّظر في المادّة 194 من قانون الإجراءات المدنيّة.

بينما يعدّ الحكم باطلا إذا توفي الخصم أو فقد أهليته أثناء نظر الدّعوى، و لم يمثل في الخصومة من يقوم مقامه، وهو بطلان مقرّر لمصلحة ورثة المتوفّي أو من قام مقام من فقد أهليته، لأنّهم قد يكونون على غير علم بالخصومة، ولهذا فلا يجوز للخصم الآخر طلب البطلان، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها[6].

---

(1) انظر: أحمد هندي، **قانون المرافعات**... ص7.

(2) أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص326.

(3) انظر: أحمد أبو الوفا، نفسه.

(4) انظر: عبد الحكم فوده، **موسوعة الحكم القضائيّ**...ص2328.

(5) انظر: نبيل إسماعيل عمر، **النّظام القانوني للحكم القضائيّ**، ص203؛ أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص584-585.

(6) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص328.

ويُعدّ الحكم باطلا إذا صدر في خصومة تخلّف أطرافها عن الحضور وكان يتوجّب شطبها، لأنّ النّزاع لا يثبت ولا يتأكّد إلاّ بحضور الطّرفين أو أحدهما في الجلسة المحدّدة لنظر الدّعوى وهذا لعـرض الطّلبات والدّفوع[1]، وكذلك فإنّه إذا كان يتطلّب لوجود الحكم القضائيّ كتابته وتحريره فإنّ الحكم غير المحرّر مطلقا يعتبر في حكم العدم، فلا وجود لحكم شفوي[2].

وبما أنّ القانون قد تطلّب ورود جملة من البيانات ضمن أصل الحكم، فإنّ غياب هـذه البيانـات أو بعضها يكون سببا لانعدام الحكم أو بطلانه حسب أهمّيّة البيان وفق ما يتطلّبه القانون، فإن خلا الحكم مـن المنطوق كان معدوما لأنّ وظيفة الحكم هي في حقيقتها بيان فصل النّزاع، ونفس النتيجة حال خلو الحكـم من ذكر أسماء وصفات الأطراف مطلقا على اعتبار أنّ الحكم إنّما يتعلّق بمحكوم له أو عليه، وهو ما ينطبـق على حال خلوّ الحكم من توقيع القاضي مصدر الحكم وكاتب الضّبط على اعتبـار أنّ خصيصـة الحكـم القضائي هي صدوره من سلطة قضائيّة مخوّلة للفصل في النّزاع قانونا.

بينما يُعتبر خلوّ الحكم من ذكر الأسباب سببا للبطلان لأنّه إضافة إلى وجوب التّسبيب قانونا[3] فـإنّ غياب الأسباب يدلّ على عدم استقرار عقيدة القاضي وعدم مناقشته لطلبات الخصوم ودفوعهم وما قـدّموا من أسانيد، وبالتّالي عدم تحقيق هذه الضمانة التي ألزم بها القانون فكان مستحقّا للبطلان[4].

ولا يعدّ غياب أي بيان لم يرد النصّ عليه قانونا سببا للبطلان على اعتبار أنّ ما لم يلزم بـه المشـرّع ضمن إجراء لازم غير لازم، لهذا فإذا انعدم من الحكم اسم كاتب الضّبط أو بيان رقم الدّعوى أو بيـان أنّ الحكم صدر بعد مداولة فلا يعدّ أي منها سببا لبطلان الحكم[5]، كما لا يعدّ من أسباب البطلان خلوّ الحكم من تاريخه رغم أهمّيّته لمعرفة بدء ميعاد الطّعن وميعاد ترتّب آثاره، إذ أنّ الأصل في إثبات التّاريخ هو محضـر الجلسة.

---

(1) انظر: أحمد أبو الوفا، نفسه، ص329.

(2) انظر: أحمد أبو الوفا، نفسه، ص330؛ فتحي والي، **الوسيط**...ص696؛ يحيى بكوش، **الأحكام القضائيّة**... ص9؛ أحمد هنـدي، نفسه، ص459.

(3) تنصّ المادّة 38 من قانون الإجراءات المدنيّة على أنّ "تعليل الأحكام واجب" ورغم أنّ المادة تقصد أساسا أصل الحكم إلاّ أنّ ذلـك يجب أيضا في مسودته لأنّ إصدار الحكم لا يكون إلاّ بناء على تسبيب.

(4) انظر: أحمد هندي، نفسه؛ فتحي والي، نفسه، ص706.

(5) انظر: أحمد هندي، **قانون المرافعات**... ص463.

وبغضّ النّظر عن كون الحكم القضائيّ صحيحا أو باطلا أو منعدما في ذاته فإنّه لا يمكن الحديث عن عدم ترتيب آثار الحكم عليه إلاّ بالتصدّي له من طرف القضاء لبيان بطلانه أو انعدامه"[1].

خلاصة مقارنة

خلاصة للبحث الموسوم بــ "أثر اعتبار شروط صحّة الحكم القضائيّ على حجيّته في الشّريعة الإســـلاميّة والقانون الوضعيّ" تتبيّن جملة من النتائج تُعتبر بعضها مواضع اتّفاق وتُعتبر الأخرى مواضع اختلاف، وأحـــاول أن أبيّن أهم هذه النتائج وبيان علّة الاختلاف في النّقاط التّالية:

1- يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة في حيازة الأحكام القضائيّة الصّحيحة للحجيّة من حيث احترامها ونفوذها واعتبارها في الدّعاوى السّابقة، وهذا على اعتبار أنّ ما وضعته الشّريعة الإســـلاميّة أو وضـــعه القـــانون

(1) تقول ناتالي فريسيرو (Natalie fricero): "لا نستطيع أن نعتبر حكما قضائيّا معدوم الفاعليّة بدون أن يتصدّى قاض لبيان بطلانه أو انعدامه"

«…On ne peut pas considérer q'un jugement soit privé de son éfficacité sans q'un juge soit intervenu pour prononcer la nullité ou, dans certains cas, l'inexistance de la décision» (Natalie FRICERO, *op. cit.*, p.910)

الوضعيّ من شروط إنّما كان المقصود به هو تجنيب الأحكام القضائيّة من العيوب المختلفة التي قد تصيبها قصد أن تكون مرشّحة لإنتاج مفاعيلها وآثارها وأهمّها حيازة الحكم للحجيّة.

2- يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة في أنّ الخلل الذّي يصيب الحكم القضائي بافتقاد بعض شـــروطه يقصر به عن مرتبة الصحّة، وبالتّالي يفتح المجال لنقضه وإبطاله، وإلغاء الحجيّة التي يفترض أنّه قد نالهـــا بصـــدوره. ويعدّ ذلك إقرارا من الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ أنّ الحجيّة في الأصل قاصرة على الأحكـــام الصّـــحيحة المستجمعة لشروطها.

3- يختلف القانون الوضعيّ عن الشّريعة الإسلاميّة في تقسيم الأحكام باعتبار توفّرها على شروط صحّتها، فبينما تجعل الشّريعة الإسلاميّة الأحكام قسمين هما الأحكام الصّحيحة التيّ توفّرت فيها جميع شروط صحّتها، والأحكام الباطلة التي تخلّفت فيها بعض أو جميع شروط صحّتها. فإنّ القانون الوضعي يقسم الأحكام القضائيّة إلى ثلاثة أقسام هي الأحكام الصحيحة التي توفّرت فيها جميع شروط صحّتها، والأحكام الباطلة التي اختلّ فيها أحد شروط صحّتها إلاّ أنّه لا ينال هذا الخلل من كيان الحكم ولا يفقده صفته كحكم، والأحكام المنعدمة التي اختلّ فيها أحد شروط صحّتها وكان هذا الخلل جسيما جوهريّا ينال من كيان الحكم ويفقده صفته كحكم.

4- يختلف القانون الوضعيّ عن الشّريعة الإسلاميّة في إمكانية حيازة الأحكام القضائيّة للحجيّة رغم تخلّف بعض شروط صحّتها، فبينما يقرّر فقهاء الشّريعة أنّ عدم صحّتها يقتضي عدم حيازتها للحجيّة بغضّ النّظر عن نوع العيب الذّي لحق بها، والخلل الذّي أصاب بعض شروطها، بحيث أنّهم يقرنون عدم الصّحة بعدم النّفاذ، وهو ما تضافرت عليه عبارات الفقهاء كما سبق بيانه. فإنّ القانون الوضعي خلافا لذلك يفرّق في مخالفة شـــروط صـــحّة الحكـــم القضائيّ بين البطلان والانعدام، فبينما لا يترتّب عن حالات بطلان الحكم القضائيّ إلاّ إمكانيّة الطّعن فيـــه قصـــد تصحيحه أو نقضه، ويجعل تفويت فرص الطّعن أو استيفائها سببا لتحصّن الحكم الباطل عن المساس بـــه فيغـــدو كالحكم الصحيح حائزا للحجيّة، فإنّه يترتّب عن حالات انعدام الحكم القضائيّ عدم عدّ ما صدر حكما قضـــائيّا وعدم حيازته للحجيّة، ولا يلزم الطّعن فيه للتمسّك بانعدامه وإنّما يكفي إنكاره عند تمسّك بعض الخصوم بما اشتمل عليه من قضاء، وهو ما يسمّى بالدّفع بالانعدام، كما يكون الطّعن فيه دون اعتبار لمواعيد الطّعـــن، كمـــا يمكـــن للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه.

الفصل الثّاني

شروط التمسّك بحجّية الحكم القضائيّ وأثر اعتبارها في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يمثّل التّمسك بحجيّة الحكم القضائيّ الأثر الايجابيّ للحجيّة، وذلك بأن يكون للمدّعي أن يتمسّك بما سبق أن فصل فيه هذا الحكم من حقوق ومراكز شرعيّة أو قانونيّة، بل إنّ الحكم القضائيّ إنّما وجد لبيان وتقرير الحقائق حتّى يتمكّن النّاس عامّة والخصوم خاصّة من الاستناد إلى ما قضى به إمّا لتنفيذه أو للمطالبة بما يستند عليه من الحقوق في دعاوى جديدة تُرفع للقضاء, فإنّ من قَرّر له الحكم القضائيّ إثبات نسبه لشخص ما, له أن يرفع دعوى جديدة يطالب فيها بنصيبه من الميراث الذي استبدّ به باقي الورثة إنكارا لحقّه فيه.

إلاّ أنّ حقّ المدّعي في التّمسّك بحجيّة الحكم القضائيّ مقيّد بشروط معيّنة تتعلّق بالجهة القضائيّة مصدرة الحكم ومدى مراعاتها لاختصاصها القضائيّ وكون ما صدر عنها حكما قضائيّا بالمعنى الدّقيق بفصله في موضوع النّزاع.

ولّما كان القصد من استعراض هذه الشروط هو بيان مدى أثرها على حجيّة الحكم القضائيّ فقد أتبعت كلّ شرط منها بتحديد أثره عليها، لأجل ذلك فقد تعرّضت لهذا الفصل في مباحث ثلاثة هي:

المبحث الأوّل: صدور الحكم عن جهة قضائيّة وأثره على الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المبحث الثّانـــي: صدور الحكم في حدود اختصاص الجهة القضائيّة وأثره على الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المبحث الثّالـــث: فصل الحكم القضائيّ في موضوع النّزاع وأثره على الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المبحث الأوّل: صدور الحكم عن جهة قضائيّة وأثره على الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

تتحدّد الجهة القضائيّة أساسا بكونها مفوّضة لأداء مهمّة الفصل في الخصومات والبتّ في النّزاعات، ولهذا فهي لا تقتصر في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ على شخص أو هيئة واحدة، بل تتعدّد من حيث الشّكل والمسمّيات والدّرجات بدافع تغطية المنازعات المختلفة والمتنوّعة، لهذا فإنّه من الضّروريّ بيان مفهوم الجهة القضائيّة عامّة، والتّعرّض لأهمّ تجلياتها في النّظام القضائيّ الإسلاميّ والنّظام القضائيّ الوضعيّ، ثمّ بيان أثر عدّ الجهة قضائيّة على حيازتها للحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

ويشترط لحيازة الحكم القضائيّ للحجيّة أن يكون صادرا عن جهة قضائيّة مخوّلة للقيام بهذه المهمّة، فلا يكفي أن يصدر حكم بشأن نزاع ما ليحوز الحجيّة بغضّ النّظر عن الجهة الّتي أصدرته، قضائيّة أم لا، بل إنّه لا يكفي أن يصدر الحكم عن جهة قضائيّة ليحوز الحجيّة، إذ لا بدّ أن يكون قد صدر بمقتضى سلطتها القضائيّة لا باعتبارها سلطة عامّة في الدّولة أو إدارة لمرفق القضاء، وهو ما يُعبّر عنه بالعمل الولائيّ والإداريّ للقضاء، إلاّ أنّه لّما أفردت مبحثا خاصّا بمجال سريان الحجيّة من حيث طبيعة العمل الّذي تباشره السّلطة القضائيّة فقد أجّلت التعرّض لشرط إصدار الحكم بمقتضى السّلطة القضائيّة لموضعه[1]، واكتفيت هنا ببيان مفهوم الجهة القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ وأثر ذلك على الحجيّة، واستقرّ هذا المبحث في مطلبين هما:

المطلب الأوّل: مفهوم الجهة القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الثّاني: أثر عدّ الجهة قضائيّة على حيازة أحكامها للحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

---

(1) انظر: مبحث "مجال سريان مبدأ حجيّة الحكم القضائيّ من حيث طبيعة العمل في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضـــعيّ" ص 392–419 من هذا البحث.

المطلب الأوّل: مفهوم الجهة القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

لا يقتصر الحديث عن مفهوم الجهة القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ على تعريفها، وإنّما يشمل أيضا التّعرّض لأهمّ تجلياتها في ضوء النّظامين، ولهذه المسألة أهميّتها الخاصّة حيث أنّ تحديد كون الجهة قضائيّة أم لا يُعتبر حدّا فاصلا بين حيازة ما يصدر عنها من أحكام للحجيّة أم لا، ولهذا فقد عرضت في هذا المطلب في فرعين هما:

الفرع الأوّل: مفهوم الجهة القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة وأشكالها.

الفرع الثّاني: مفهوم الجهة القضائيّة في القانون الوضعيّ وأشكالها.

الفرع الأوّل: مفهوم الجهة القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة وأشكالها.

رغم اتّفاق عبارات الفقهاء حول مفهوم القضاء، إلاّ أنّ تجلياته وأشكاله تنوّعت بحسب التّولية ومتطلّبات الواقع، ولهذا فقد تناولت هذا الفرع في بندين على النّحو التّالي:

أوّلا: مفهوم الجهة القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

الجهة في اللّغة هي الوِجْهَةُ وحذفت الواو[1]، من توجّه جهة كذا ووجهة كذا[2] مزيد من وَجُهَ وَجَاهَة، ومعنى الجهة المكان الّذي يُستقبل[3]، وتُطلق على الجانب والنّاحية[4].

والمتتبّع للتّعريفات المتنوّعة للقضاء في عبارات الفقهاء يجدها تتركّز في الغالب الأعمّ على وظيفة القضاء المتمثّلة في الفصل في الخصومات والمنازعات، وهي إذا تجاوزت هذا الحدّ فإنّها تضيف بعض ما عساه يميّز هذه الوظيفة عمّا يمكن أن يشابهها كالفتوى، بأن تبيّن كون القضاء ملزما، أو تبيّن خصوصيّته عن القضاء الوضعيّ المتمثّلة في كونه بالحكم الشّرعيّ[5].

---

(1) انظر: الفيومي، **المصباح المنير**، ج2ص649.

(2) انظر: الزّمخشري، **أساس البلاغة**، ص493.

(3) انظر: الفيومي، نفسه.

(4) انظر: الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، ج4ص295.

(5) راجع تعريف القضاء ص 10 من هذا البحث.

وقليلة تلك الّتي اهتمت بتعريف القضاء على اعتباره ولاية عامّة أو سلطة ومنصبا في الدّولة، من ذلك تعريف المالكيّة للقضاء بأنّه "صفة حكميّة توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشّرعيّ ولو بتعديل أو تجريح، لا في عموم مصالح المسلمين"[1].

وهو التّعريف الّذي ذكره الإباضيّة دون قيد (لا في عموم مصالح المسلمين)[2].

فإنّ هذا التّعريف ينصبّ على النّظر للقضاء بأنّه صفة القاضي، وهي صفة تُمنح له بعقد التّولية من صاحب الولاية العامّة (الحاكم)، حيث يكون له بهذه الصّفة حقّ إنفاذ حكمه ضمن الاختصاص المحدّد في عقد التّولية، وهذه الصّفة لا تمنحه ولاية عامّة على مصالح المسلمين، وهو يوضّح كون القضاء أحد الولايات العامّة في الدّولة، ومرتبطا بأشخاص القضاة أو الجهاز القضائيّ المعيّن لأداء هذه الوظيفة.

وبشكل مختصر على طريقة الحدود الفقهيّة يعرّف الشّافعيّة القضاء بأنّه "إلزام من له الإلزام بحكم الشّرع"[3]، فإنّ هذا التّعريف يتضمّن إشارة جليّة إلى أنّ القضاء ولاية تختصّ بالإلزام بأحكام الشّريعة، وقد عرّف الإماميّة القضاء بأنّه "ولاية شرعيّة على الحكم والمصالح العامّة من قِبَل الإمام عليه السّلام"[4]، ورغم ما يُؤخذ على التّعريف من أنّه جعل للقاضي ولاية على المصالح العامّة، وهي من أعمال الإمام الحاكم لا القاضي، فإنّه قد وضّح كون القضاء ولاية شرعيّة على الحكم، وسلطة مستمدّة من قِبَل الإمام تمنح للمولّى الحقّ في إصدار الحكم القضائيّ.

وقد عرّف ابن خلدون القضاء بأنّه "منصب الفصل بين النّاس في الخصومات حسما للتّداعي وقطعا للتنازع"[5]، وواضح أنّ هذا التّعريف يركّز على اعتبار القضاء سلطة ومنصبا يكفل أداء وظيفة الفصل في خصومات النّاس، والملاحظ أنّ هذا التّعريف تغلب عليه النّظرة الجزئيّة القاصرة على اختصار سلطة القضاء في منصب القاضي، رغم أنّه محور هذا المرفق، إلاّ أنّ هذا المعنى لا يتناقض مع استنتاج أنّ القضاء من خلال هذا التّعريف هو الجهة المخوّلة للفصل في الخصومات.

وبعيدا عن تقييم وفاء هذه التّعريفات بمعنى القضاء فإنّها تتّفق في بيان حقيقة جهة القضاء (ولاية القضاء) والّتي يمكن تلخيصها فيما يلي:

---

(1) الحطّاب، **مواهب الجليل**، ج16ص86؛ **الخرشي**، ج7ص138.

(2) انظر: الثّميني، **كتاب النّيل**...ج13ص12.

(3) الرّملي، **نهاية المحتاج**...ج8ص235؛ الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4ص362.

(4) النّجفي، **جواهر الكلام**...ج40ص9.

(5) **المقدّمة**، ص220.

1. أنّ القضاء ولاية شرعيّة وسلطة قائمة بذاتها، ومنصب معلوم ضمن ولايات الدّولة وسلطاتها ومناصبها.
2. أنّ القضاء ولاية آتية من الإمام (الحاكم) إذ أنّه من يولّي القضاة للقيام بهذه الوظيفة، وهم نوّاب عنه في ذلك.
3. أنّ ولاية القضاء تجعل للمولّى سلطة إصدار الحكم القضائيّ وإنفاذه في كلّ ما تعلّق بمهمّة الفصل في النّزاعات والخصومات.

ثانيا: أشكال الجهة القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

إذا تبيّن ممّا تقدّم أنّ ولاية القضاء مختصّة بنظر النّزاعات والفصل فيها، فإنّه من الضّروريّ جدا بيان أنّ هذه المهمّة لم تقتصر على جهة واحدة في تاريخ القضاء الإسلاميّ، كما أنّ هذه الجهات لم تقتصر على مجرّد الفصل في النّزاعات بما في ذلك جهة القضاء العادي الّتي تعتبر أصل الجهات القضائيّة.

وذلك جميعا عائد إلى أنّ الولايات كانت تتحدّد بما تتضمّنه مراسيم التّولية، قال ابن تيميّة[1]: "عموم الولايات وخصوصها وما يستفيده المتولّي بالولاية يُتلقّى من الألفاظ والأحوال والعرف، وليس لذلك حدّ في الشّرع، فقد يدخل في ولاية القضاء في بعض الأمكنة والأزمنة ما يدخل في ولاية الحرب في مكان وزمان آخر وبالعكس...فولاية الحرب في عرف هذا الزّمان في هذه البلاد الشّاميّة والمصريّة تختصّ بإقامة الحدود الّتي فيها إتلاف مثل قطع يد السّارق، وعقوبة المحارب، ونحو ذلك، وقد يدخل فيها ما ليس فيه إتلاف كجلد السّارق، ويدخل فيها الحكم في المخاصمات والمضاربات، ودعاوى التّهم الّتي ليس فيها كتاب وشهود...وفي بلاد أخرى، كبلاد المغرب ليس لوالي الحرب حكم في شيء، وإنّما هو منفّذ لما يأمر به متولّي القضاء، وهذا أتبع للسنّة القديمة، ولهذا أسباب من المذاهب والعادات..."[2].

كما أنّ جهة القضاء العاديّ لم تقتصر على فصل الخصومات تاريخيّا، بل أضيفت لها مهامّ أخرى ليست من صميم وظيفتها، وإنّما كان ذلك لاشتغال الملوك والخلفاء بأمور السياسة[3]، ولأنّ القضاة كانوا على قدر كبير من العلم والحزم.

---

(1) هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السّلام النّميريّ الحرّانيّ الدّمشقيّ الحنبليّ، ولد بحرّان سنة 261 هجريّة، مجتهد حافظ، برع في علوم وفنون كثيرة، نظر في الفلسفة وعلم الكلام، تأهّل للفتوى والتّدريس دون العشرين، توفي بدمشق معتقلا سنة 728 هجريّة (انظر: الذّهبيّ، **تذكرة الحفّاظ**، ج4ص1496؛ ابن العماد، **شذرات الذّهب**، ج6ص80)

(2) **الحسبة في الإسلام**، ص14-15.

(3) انظر: ابن خلدون، **المقدّمة**، ص221.

وقد عدّد ابن فرحون تحت عنوان "...مراتب الولايات الّتي تفيد أهليّة القضاء أو شيئا منه" ما يمكن أن يعدّ جهة قضائيّة ولو لإفادته شيئا من القضاء كما يلي[1]:

1. ولاية القضاء: وهي ولاية الحكم، وهي ما يُطلق عليه القضاء العاديّ.
2. ولاية الحسبة: وتعدّ كذلك إذا تناولت الحكم في بعض ما يباشره من النّهي عن المنكرات الظّاهرة.
3. الولاية الجزئيّة المستفادة من القضاء: وهي المتحدّدة بنوع خاصّ كما سيأتي بيانه.
4. ولاية التّحكيم بين الخصمين.
5. ولاية السّعاة وجباة الصدقة: وتعدّ كذلك فيما يكون فيه إنشاء الحكم في الأموال الزّكويّة خاصّة.
6. ولاية الحَكَمين فيما يتعلّق بأمر الزّوجين.
7. حكم الحَكَمين في جزاء الصّيد.

كما أنّ القضاء لا يباشره من عُيّن لمنصب القضاء فقط، بل إنّه يندرج ضمن ولايات أخرى سبق التعرّض لها عند الحديث عن شروط صحّة الحكم القضائيّ ضمن شرط أن يكون للقاضي ولاية القضاء[2]، وهذه الولايات هي:

1. الإمامة الكبرى: وهذا لأنّ أهليّة القضاء جزء من أجزائها.
2. وزارة التّفويض: على اعتبار أنّ الإمام يفوّض له سائر صلاحياته، ومن ضمنها القضاء.
3. الإمارة العامّة: على اعتبار أنّه عامّ النّظر فيما أمّر فيه من بلد أو إقليم.

وممّا تقدّم يتبيّن أنّ الجهة القضائيّة لها تجلّيات كثيرة في فقه الشّريعة الإسلاميّة وممارسة الفصل بين الخصوم عبر التّاريخ الإسلاميّ، فإنّ القضاء باعتباره وظيفة أساسيّة للإمام أو الخليفة يعتبر متى تصدّى لهذه المهمّة جهة قضائيّة، وكذلك من فُوّض إليه ذلك ضمن مهامّ النّيابة العامّة ممّا عُرف بوزارة التّفويض أو الإمارة العامّة، فإنّه متى تصدّى الوزير المفوّض أو الأمير العامّ لهذه المهمّة اعتبر جهة قضائيّة.

وللإمام أن يفوّض مهمّة القضاء وحدها جملة لشخص أو هيئة فتكون جهة قضائيّة، وقد يتضمّن التّفويض مهامّ أخرى إضافيّةُ فتعدّ جهة قضائيّة حين تصدّيها للفصل في الخصومات، كما أنّ له أن يفوّض جزءا من ولاية القضاء لشخص أو هيئة مع مهامّ أخرى غير قضائيّة أو دونها، وتعدّ كذلك جهة قضائيّة، وهو ما ينطبق على ولاية المظالم على اعتبار أنّها تمارس وظيفة القضاء بناء على التظلّم في شقّ من عملها وفي مجال معيّن وتزيد عنها في شقّ آخر، ولهذا تعدّ جهة قضائيّة متى تصدّت لمهمّة القضاء، وينطبق على ولاية الحسبة

---

(1) انظر: **التّبصرة**، ج1ص16-17.

(2) انظر ص 181 من هذا البحث.

على اعتبار أنّها تمارس في جزء قليل من مهامّها وظيفة القضاء والحكم في محاربتها للمنكرات العامّة إذا كان مخوّلا لها إصدار الأحكام فيها وتضمّنت نزاعا.

وله أيضا أن يفوّض جزءا من ولاية القضاء لشخص أو هيئة تختصّ بنظر نوع دقيق من المسائل كولاية السعاة وجباة الصّدقة، كما ذكره ابن فرحون، ومثل هذه تعدّ جهة قضائيّة فيما تصدّت له من نزاع وأصدرت فيه أحكاما بشروط الشّريعة وقيود التّولية، وهذه الأخيرة لا يمكن حصرها لأنّها هيئات تنشأ موازاة مع القضاء العاديّ لحاجات تكون دائمة أو مؤقتة بمقتضى تفويض من الإمام أو نائبه المخوّل بذلك.

ولا يخرج عن قاعدة التّفويض إلاّ ما قرّرته نصوص الشّريعة من ولاية الحَكَم وإصدار الأحكام للمحكَّم ضمن ولاية التّحكيم الّتي تكون بناء على اتّفاق الخصوم أو ولاية الحَكَمين في النّزاع بين الزّوجين، وقد اختلف الفقهاء في اعتبارهما جهة قضائيّة بناء على الاختلاف حول نفوذ حكم المحكَّم أو الحَكَمين بمجرّد صدوره أم توقّف نفوذه على إرادة الخصوم واعتماد الحكم من القاضي المفوّض من الإمام، ووفقا لرأي من يرى نفوذ حكم المحكَّم والحكمين في النّزاع بين الزّوجين فهما كذلك جهة قضائيّة معتبرة.

لأجل ما تقدّم، فإنّ الجهة القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة تنصرف إلى من يلي:

1. الإمام (الحاكم) ونائبه المفوّض تفويضا عامّا (الوزير المفوّض، الأمير العامّ).

2. المعيّن لوظيفة القضاء من طرف الإمام، وهو نوعان، الأوّل من عيّن أصالة لوظيفة القاضي وحدها أو مع وظائف أخرى فرعيّة (وهو الّذي يُطلق عليه القاضي)، وقد تكون ولايته في القضاء عامّة أو خاصّة، والثّاني من لم يعيّن أصالة لوظيفة القضاء، وإنّما أُدرج جزء من ولاية القضاء ضمن مهامّه كولاية المظالم أو ولاية الحسبة، أو جُعل له الحكم في بعض ما تتضمّنه ولايته كولاية جباة الصّدقة إذا كان لهم إنشاء الأحكام فيما تعلّق بأموال الزّكاة.

3. المحكَّم باتّفاق الخصوم، أو الحكمان المفوّضان للإصلاح بين الزّوجين.

الفرع الثّاني: مفهوم الجهة القضائيّة في القانون الوضعيّ وأشكالها.

تحدّد الجهة القضائيّة بمهمّتها المتمثّلة في الفصل في المنازعات، وتتجسّد من خلال الهيئات المختلفة المخوّلة بهذه المهمّة، ولهذا سأحاول أن أعرض لهذا الفصل كسابقه من خلال بندين على النّحو التّالي:

أوّلا: مفهوم الجهة القضائيّة في القانون الوضعيّ.

تُعرّف الجهة القضائيّة بأنّها "السّلطة الّتي خوّلها القانون الفصل في المنازعات الّتي تطرح عليها"[1]، وهذا التّعريف يشمل الإشارة إلى أهمّ عناصر الجهة القضائيّة وهي:

1. أنّها سلطة مستقلّة بذاتها، وهذا على اعتبار أنّ الجهة القضائيّة تمثّل إحدى سلطات الدّولة الثّلاث (التشريعيّة، التنفيذيّة، القضائيّة).

2. أنّها مخوّلة قانونا لأداء مهمّة الفصل في المنازعات الّتي تُطرح عليها، فهي تستمدّ وجودها وشرعيّتها من النصّ القانونيّ الّذي يخوّلها هذه المهمّة.

3. أنّها تتميّز وتتحدّد بوظيفتها المتمثّلة أساسا في الفصل في المنازعات.

ولا يضرّ اعتبار الجهة قضائيّة تنوّع المواضيع الّتي تفصل فيها بأحكام، فيستوي في اعتبار الجهة قضائيّة كونها مدنيّة أو تجاريّة أو إداريّة أو جنائيّة، كما يستوي في الأمر كونها جهة قضاء عاديّة أو استثنائيّة كالمحاكم العسكريّة، كما يعتبر التّحكيم جهة قضائيّة[2].

ثانيا: أشكال الجهة القضائيّة في القانون الوضعيّ.

حتّى يتوضّح بشكل مختصر ما يعتبر حهة قضائيّة فقد آثرت ذكر الهيئات المخوّلة لمهمّة الفصل في المنازعات سواء في القضاء العاديّ أم في القضاء الإداري، مع الإشارة إلى الجهات القضائيّة المتخصّصة متمثّلة في محكمة الجنايات ومحكمة التنازع والمحكمة العليا للدّولة والقضاء العسكريّ.

1. **القضاء العادي.** تتشكّل هياكل القضاء العاديّ في النّظام القضائيّ الجزائريّ من المحاكم الابتدائيّة والمجالس القضائيّة والمحكمة العليا[3].

أ– **المحاكم الابتدائيّة.** تعتبر المحاكم الابتدائيّة قاعدة الهرم القضائيّ[4].

---

(1) عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ وقوّته**، ص164.

(2) انظر: السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص649-650؛ عبد الحكم فوده، نفسه، ص146.

(3) تنصّ المادّة 03 من القانون العضويّ رقم 05-11 المؤرّخ في 17-07-2005 المتعلّق بالتنظيم القضائيّ على أنّه "يشمل التنظيم القضائيّ العاديّ المحكمة العليا والمجالس القضائيّة والمحاكم" (**الجريدة الرسميّة**، العدد51، 20-07-2005، ص6).

(4) انظر: عبد العزيز سعد، **أجهزة ومؤسسات النّظام القضائيّ الجزائريّ**، المؤسّسة الوطنيّة للكتاب، الجزائر، 1988م، ص89؛ بوبشير محند أمقران، **النّظام القضائيّ الجزائريّ**، ديوان المطبوعات الجامعيّة، ط2، 1994م، ص210.

وقد نصّت المادّة 1/1 من قانون الإجراءات المدنيّة على أنّ "المحاكم هي الجهـات القضـائيّة الخاصّـة بالقانون العامّ"[1]، وبعد تبنّي المشرّع الجزائريّ لنظام الازدواجيّة القضائيّة فإنّ المحاكم تعـدّ قاعـدة النّظـام القضائيّ العاديّ، وقد نصّت المادّة 10 من القانون العضوي رقم 05-11 المتعلّق بالتنظيم القضائيّ علـى أنّ "المحكمة درجة أولى للتّقاضي"[2]، وهي تفصل في جميع القضايا المعروضة عليها المدنيّة والتّجاريّـة والعقاريّـة والشخصيّة والبحريّة والعماليّة والجزائيّة والاستعجاليّة والاجتماعيّة، ويتولّى نظر النّزاع فيها قاض فرد باستثناء القسم الاجتماعيّ وقسم الأحدث، إذ تنصّ المادّة 15 من القانون العضويّ 05-11 على أنّه "تفصل المحكمة بقاض فرد ما لم ينصّ القانون على خلاف ذلك"[3].

ب- **المجالس القضائيّة.** تعتبر المجالس القضائيّة محاكم استئناف تنظر في النّزاعات المطعون في الأحكام الصّادرة بشأنها من المحاكم الابتدائيّة، تنصّ المادّة 5 من القانون العضويّ 05-11 على أنّه "يُعدّ المجلس القضائيّ جهة استئناف للأحكام الصّادرة عن المحاكم وكذا في الحالات الأخرى المنصوص عليها قانونا"، كما تنصّ المادّة 5 من قانون الإجراءات المدنيّة على أنّه "تختصّ المجالس القضائيّة بنظر استئناف الأحكام الصّادرة من المحاكم في جميع المواد في الدّرجة الأولى حتّى ولو وُجد خطأ في وصفها"، فالمجالس تعدّ محاكم الدّرجة الثّانية حيث تعيد النّظر في أحكام محاكم الدّرجة الأولى فيما يرتبط بالوقائع أو القانون[4].

وتتشكّل المجالس القضائيّة من الغرف التّالية: الغرفة المدنيّة، الغرفة الجزائيّة، غرفة الاتّهام، الغرفة الاستعجاليّة، غرفة شؤون الأسرة، غرفة الأحداث، الغرفة الاجتماعيّة، الغرفة العقاريّة، الغرفة البحريّة، الغرفة التّجاريّة[5].

ج-**المحكمة العليا.** تمثّل المحكمة العليا قمّة الهرم القضائيّ بالنّسبة للقضاء العاديّ[1]، وهي تختصّ في نظر الطّعون بالنّقض في الأحكام النّهائيّة الصّادرة من المحاكم والمجالس القضائيّة، وتتلخّص وظيفتها

---

(1) تنصّ المادّة 1/32 من مشروع القانون المتضمّن لقانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على أنّ "المحكمـة هـي الجهـة القضـائيّة ذات الاختصاص العامّ"

(2) **الجريدة الرسميّة**، العدد 51، 20-07-2005، ص7.

(3) وهو ماتؤكّده المادّة 1/255 من مشروع القانون المتضمّن لقانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة.

(4) انظر: بوبشير أمحند، **النّظام القضائيّ الجزائريّ**، ص216.

(5) المادّة 06 من القانون العضويّ رقم 05-11، كما تنصّ على أنّه "...غير أنّه يمكن رئيس المجلس القضائيّ بعد استطلاع رأي النّائب العامّ تقليص عدد الغرف أو تقسيمها إلى أقسام حسب أهميّة وحجم النّشاط القضائيّ"، وتصدر قرارات المجلس القضائيّ باعتبـاره جهـة استئناف مكوّنة من ثلاثة قضاة، وهو ما تنصّ عليه المادّة 2/255 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة.

في مراقبة تطبيق القانون في المحاكم والمجالس القضائيّة، ولهذا فهي حين تتصدّى للحكم تبيّن موافقته أو مخالفته للقانون، وإذا نقضته تكشف عن وجه الخلل ومخالفة القانون، ثمّ تعيده إلى نفس الجهة الّتي أصدرت الحكم بتشكيلة جديدة، أو هيئة أخرى تعادلها في الرّتبة، فهي لا تعيد نظر موضوع النّزاع من جديد وإنّما تبحث فقط مدى مطابقة هذا الحكم للقانون.

2. القضاء الإداريّ. تتشكّل هياكل القضاء الإداريّ في النّظام القضائيّ الجزائريّ من المحاكم الإداريّة ومجلس الدّولة، تنصّ المادّة 4 من القانون العضويّ 05-11 على أنّه "يشمل النّظام القضائيّ الإداريّ مجلس الدّولة والمحاكم الإداريّة".

أ- **المحاكم الإداريّة**. تُعتبر المحاكم الإداريّة وفقا للمادّة الأولى من القانون 98-02 المؤرّخ في 30-05-1998 جهة القضاء للقانون العامّ في المادّة الإداريّة، وهي بذلك تشكّل قاعدة الهرم للنّظام القضائيّ الإداريّ، وتُعتبر المادّة 152 من دستور 1996 الأساس القانونيّ لوجود هذه المحاكم إذ تنصّ على أنّه "يؤسّس مجلس دولة كهيئة مقوّمة لأعمال الجهات القضائيّة الإداريّة"، وقد تولّى القانون رقم 98-02 تنظيم وتشكيل المحاكم الإداريّة وخلاياها وأقسامها الدّاخليّة وتشكيلتها البشريّة والإطار العامّ لتسييرها ماليّا وإداريّا.

وتفصل المحاكم الإداريّة ابتدائيّا بحكم قابل للاستئناف أمام مجلس الدّولة في جميع القضايا الّتي تكون الدّولة أو الولايات أو إحدى المؤسسات العموميّة ذات الصّبغة الإداريّة طرفا فيها، ويتولّى نظرها هيئة حكم جماعيّة تتكوّن من ثلاثة مستشارين[2].

وما ينبغي الإشارة إليه أنّ المحاكم الإداريّة أنشئت قانونا لتعوّض الغرف الإداريّة على مستوى المجالس، ولهذا فقد نصّت المادّة 09 من القانون 98-02 على إحالة جميع القضايا المسجّلة والمعروضة على الغرف الإداريّة المحليّة والجهويّة إلى المحاكم الإداريّة بمجرّد تنصيبها، وقد نصّت المادّة الثّانية من المرسوم التنفيذي رقم 98-356 المؤرّخ في 14-11-1998 على أنّه "تنشأ عبر كامل التّراب الوطنيّ إحدى وثلاثون (31) محكمة إداريّة كجهات قضائيّة للقانون العامّ في المادّة الإداريّة"، كما نصّت المادّة 5 منه على أنّه يمكن أن تتشكّل كلّ محكمة إداريّة من غرفة واحدة إلى ثلاث غرف، ويمكن تقسيم كلّ غرفة إلى قسمين على الأقلّ وأربعة أقسام على الأكثر.

---

(1) كانت تسمّى المجلس الأعلى للقضاء بمقتضى القانون 63-218 المؤرّخ في 18-06-1963م، ثمّ غيّرت تسميتها في دستور 1989 إلى المحكمة العليا، وتضمّن القانون 89-22 المؤرّخ في 12-12-1989 صلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها (انظر: **الجريدة الرسميّة**، رقم 53، 1989) وتسمّى في مصر محكمة النّقض، بينما تسمّى في تونس محكمة التعقيب.

(2) تنصّ المادّة 3 من القانون 98-02 المؤرّخ في 30-05-1998 على أنّه "يجب لصحّة أحكامها أن تتشكّل المحكمة الإداريّة من ثلاثة قضاة على الأقلّ من بينهم رئيس ومساعدان اثنان برتبة مستشار"

ب- **مجلس الدّولة**. يعتبر مجلس الدّولة قمّة الهرم للنّظام القضائيّ الإداريّ، وتُعتبر المادّة 152 من دستور 1996 الأساس القانونيّ لوجوده، وقد عرّفته المادّة الثّانية من القانون العضويّ 98-01 المؤرّخ في 30-05-1998 المتعلّق باختصاصات مجلس الدّولة وتنظيمه وعمله بأنّه "هيئة مقوّمة لأعمال الجهات القضائيّة الإداريّة وهو تابع للسّلطة القضائيّة ويضمن توحيد الاجتهاد القضائيّ الإداريّ في البلاد ويسهر على احترام القانون ويتمتّع مجلس الدّولة حين ممارسة اختصاصه بالاستقلاليّة"

ويمارس مجلس الدّولة مهامّه القضائيّة في شكل غرف، فقد نصّت المادّة 14 من القانون العضويّ 98-01 على أنّه "ينظّم مجلس الدّولة لممارسة اختصاصاته ذات الطّابع القضائيّ في شكل غرف ويمكن تقسيم هذه الغرف إلى أقسام"

3. الجهات القضائيّة المتخصّصة.

أ- **محكمة الجنايات**. تعدّ جهة قضائيّة جزائيّة متخصّصة وتوجد على مستوى كلّ مجلس قضائيّ وتختصّ بالفصل في الأفعال الموصوفة بكونها جناية وكذلك الجنح والمخالفات المرتبطة بها وكذا الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابيّة أو تخريبيّة والمحالة بقرار نهائيّ من غرفة الاتّهام (المادّة 248 قانون الإجراءات الجزائيّة)، وتتشكّل المحكمة من قاض برتبة رئيس غرفة بالمجلس رئيسا، وقاضيين برتبة مستشار بالمجلس على الأقلّ، ومن محلّفين اثنين (المادّة 258 قانون الإجراءات الجزائيّة).

ب- **محكمة التّنازع**. تعرّف محكمة التنازع بوظيفتها المتمثّلة في كونها هيئة قضائيّة تتولّى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين جهة القضاء العاديّ وجهة القضاء الإداريّ، وتستمد أساسها من المادّة 4/152 من دستور 1996 الّتي تنصّ على أنّه "تؤسّس محكمة تنازع تتولّى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدّولة" حيث أنّ الدّستور لّما كرّس مبدأ ازدواجية القضاء بجهتيه القضاء العاديّ والقضاء الإداريّ، فإنّه كان من الضّروريّ إنشاء محكمة متخصّصة لفضّ ما يمكن أن ينشأ من نزاع حول اختصاص الجهتين، ولقد تولّى القانون العضويّ 98-03 المؤرّخ في 03-06-1998 بيان اختصاصات محكمة التّنازع وتنظيمها وعملها.

وتتميّز محكمة التّنازع في الجزائر بأنّها جهة قضائيّة متخصّصة، وأنّها مستقلّة عن جهتي القضاء العاديّ والقضاء الإداريّ، كما أنّها تضمّ بالتّساوي قضاة ينتمون للقضاء العاديّ ممثّلا في المحكمة العليا وقضاة ينتمون للقضاء الإداريّ ممثّلا في مجلس الدّولة، وهو ملزم للجهتين[1].

(1) انظر: عمار بوضياف، **النّظام القضائيّ الجزائريّ**، ص324.

ج- **المحكمة العليا للدّولة**. استحدث دستور 1996 المحكمة العليا للدّولة، وقد نصّت المادّة 158 منه على أنّه "تؤسّس محكمة عليا للدّولة تختصّ بمحاكمة رئيس الجمهوريّة عن الأفعال الّتي يمكن وصفها بالخيانة العظمى، ورئيس الحكومة عن الجنايات والجنح الّتي يرتكبانها بمناسبة تأديتهما لمهامهما"، وقد بيّنت المادّة أنّ تشكيل هذه المحكمة وتنظيمها وسيرها وكذا الإجراءات المطبّقة فيها يتكفّل به قانون عضويّ.

د- **المحكمة العسكريّة**. وهي جهة قضائيّة جزائيّة متخصّصة تنظر في الجرائم العسكريّة، وتتميّز بتشكيلتها وإجراءاتها، وتتشكّل المحكمة العسكريّة من ثلاثة أعضاء هم رئيس برتبة مستشار من المجلس وقاضيان مساعدان، يكون أحدهما ضابط صفّ حينما يكون المتّهم جنديّا أو ضابط صفّ، ويكونان ضابطين برتبة المتّهم على الأقلّ إذا كان هذا الأخير ضابطا.

ويتولّى مهام النّيابة العامّة أمام المحاكم العسكريّة وكيل جمهوريّة عسكريّ أو وكيل جمهوريّة عسكري مساعد[1].

---

(1) انظر: بوبشير محند أمقران، **النّظام القضائيّ الجزائريّ**، ص244.

المطلب الثّاني: أثر عدّ الجهة قضائيّة على حيازة أحكامها للحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يشترط لحيازة الأحكام للحجيّة أن تكون صادرة عن جهة قضائيّة معتبرة، وهذا قدر مشترك بين الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ، ولهذا فقد عرضت لهذا المطلب في فرعين على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: أثر عدّ الجهة قضائيّة على حيازة أحكامها للحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

الفرع الثّاني: أثر عدّ الجهة قضائيّة على حيازة أحكامها للحجيّة في القانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: أثر عدّ الجهة قضائيّة على حيازة أحكامها للحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

لّما كان ضابط اعتبار الجهة قضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة هو تفويضها من طرف الحاكم لمباشرة مهمّة الفصل بين النّاس فقد رتّب على ذلك فقهاء الإسلام عدم اعتبار ما يصدر عن غير المفوّض لهذه المهمّة أحكاما قضائيّة أصلا، وعدم حيازتها للحجيّة تبعا لذلك.

ويتوضّح هذا الأمر ابتداء من تعريفات القضاء الّتي تركّز على أنّ عدّ الجهة قضائيّة وهو ما يمنح أحكامها صفة النّفاذ، من ذلك تعرف القضاء بأنّه "صفة حكميّة توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشّرعيّ..."[1]، فإنّ هذا التّعريف صريح في أنّ استقرار هذه الصّفة الحكميّة المتمثّلة في عدّ الجهة قضائيّة هو ما يمنح للموصوف حقّ إنفاذ حكمه الشّرعيّ.

ومثله تعريف القضاء بأنّه "إلزام من له الإلزام بحكم الشّرع"[2]، فإنّه جعل خصيصة الجهة القضائيّة قدرتها على الإلزام، والّذي يعني في فقه الشّريعة نفاذ الأحكام وحجيّتها، وهو ما ينطبق على سائر تعريفات القضاء المذكورة في البحث[3].

كما يتبيّن من أنّ الفقهاء بيّنوا أنّ الولايات تتحدّد بما تتضمّنه مراسيم التّولية، وأنّ ولاية القضاء إنّما تستفاد من التّفويض الّذي يمنحه الحاكم للقاضي، وأنّ عدّ الأشكال المختلفة للولايات جهات قضائيّة إنّما يكون فيما تصدّت له من نزاع وأصدرت فيه أحكاما بشروط الشّريعة وقيود التّولية.

---

(1) الحطّاب، **مواهب الجليل**...ج16ص86؛ **الخرشي**، ج7ص138؛ الثّميني، **كتاب النّيل**...ج13ص12.

(2) الرّملي، **نهاية المحتاج**...ج8ص235؛ الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4ص362.

(3) انظر: تعريف القضاء ص 10 من هذا البحث.

وأساس ذلك جميعا أنّ القضاء وظيفة الحاكم أساسا، وأنّ تصرّف القضاة في القضاء إنّما هو بمقتضى الوكالة الّتي مُنحت لهم، فكان تصرّفهم مضافا إلى الأصيل بقدر تقيّدهم بحدود الوكالة، وكان تصرّف غير المفوّض لهذه المهمّة باطلا غير نافذ لأنّه لا وكالة له من الحاكم لإصدار الأحكام.

وحتّى يتبيّن مدى ضرورة عدّ الجهة قضائيّة لحيازة أحكامها للحجيّة فقد آثرت أن أتعرّض لصور أربع هي الفتوى، التّحكيم، ولاية المظالم، ولاية الحسبة على النّحو التّالي:

أوّلا: الفتوى. الفتوى اسم من أَفْتَى يُفْتِي فَتْوى، جمعها فَتَاوِي وفَتَاوَى، بمعنى بيّن الحكم[1]، ويُقال فَتْوى وفُتْيا، وتفاتُوا إليه تحاكموا[2].

وتعرّف في الاصطلاح بأنّها: إظهار حكم الشّرع في الواقعة ممّن لا يجب عليه إمضاؤها[3]، كما عرّفت بأنّها بيان الحكم الشّرعيّ والإخبار عنه من غير إلزام[4].

فإنّ الفتوى تتضمّن بيان وإظهار حكم الشّرع في الواقعة المعروضة أمام الفقيه، إلاّ أنّه بإخباره عن الحكم الشّرعيّ لا يملك إلزام المتخاصمين ولا إنفاذ حكمه، وتختلف الفتوى عن القضاء بفروق أهمّها:

1. أنّ الفتوى مجرّد إخبار بينما القضاء إخبار وإلزام.
2. أنّ الفتوى لا تمنع الفتوى ولا الحكم، بينما الحكم القضائيّ يمنع الحكم والفتوى[5].
3. أنّ الفتوى لا تؤثّر فيها القرابة والعداوة خلافا للحكم القضائيّ فإنّها تؤثّر، بحيث تستلزم تنحّي القاضي عن نظر الدّعوى[6].
4. أنّ الفتوى لا تدخل الحدود والجنايات، بينما تدخل المعاملات والعبادات والآداب، خلافا للحكم القضائيّ فإنّه لا يتعلّق بالعبادات والآداب[7].

---

(1) انظر: الفيومي، **المصباح المنير**، ج2ص462.

(2) انظر: الزّمخشري، **أساس البلاغة**، ص234.

(3) انظر: الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4ص372.

(4) انظر: البهوتي، **كشّاف القناع**...ج6ص299.

(5) انظر مبحث رفع الحكم القضائيّ للخلاف الفقهيّ. ص 523-527 من هذا البحث.

(6) انظر: (**النّووي**) أبو زكريا محيي الدّين بن شرف (ت676هـ)، **المجموع شرح المهذّب**، ومعه فتح شرح الوجيز للرّافعي أبي القاسم عبد الكريم بن محمّد(ت623هـ) ويليه التّلخيص الحبير في تخريج الرّافعي الكبير لابن حجر العسقلانيّ أبي الفضل أحمد بن عليّ (ت852هـ)، دار الفكر، ج1ص41.

(7) انظر: القرافي، **الفروق** (الفرق مائتان وأربعة وعشرون)، ج4ص94.

5. أنّ الفتوى عامّة للمستفتي وغيره، بينما الحكم القضائيّ لا يتعدّى المحكوم له أو عليه[1].

فتبيّن ممّا تقدّم أنّ الفتوى لا تُعتبر حكما قضائيّا، كما أنّ الجهة الّتي تتولّى الإفتاء لا يمكن عدّها جهة قضائيّة، خاصّة وأنّ الفتوى غير ملزمة ولا تمنع من صدور حكم قضائيّ بشأن المسألة المجاب عنها، بل لا تمنع من صدور فتوى أخرى في نفس المسألة، وبالتّالي فإنّ الفتوى لا تحوز حجيّة مانعة من الفتوى أو الحكم فيها.

ثانيا: التّحكيم. التّحكيم في اللّغة من حَكَّمَه يُحَكِّمُه تَحْكِيما إذا جعل الحُكم إليه[2]، وهو مأخوذ من الحكم يأتي بمعان أهمّها القضاء والعلم والفقه[3].

أمّا في الاصطلاح فقد عرّفه ابن فرحون فقال: "ومعناه أنّ الخصمين إذا حكّما بينهما رجلا وارتضياه لأن يحكم بينهما"[4]، كما عُرّف بأنّه تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما[5].

ويفهم من هذين التّعريفين بأنّ هناك اتّفاقا بين الخصمين على عرض ما تنازعا حوله إلى شخص ليفصل بينهما، ويختلف التّحكيم عن القضاء في أمور أهمّها :

1. أنّ تولية المحكَّم تكون برضا الخصوم بينما لا تتوقّف عليه تولية القاضي، إذ أنّه يتولّى من قِبَلِ الحاكم أو من ينوبه بغضّ النّظر عن رضا الخصوم.

2. يجوز أن يكون أحد الخصمين محكَّما سواء أَحَكَم لنفسه أم عليها، فينفذ ما لم يكن جوْرا بيّنا[6]، بخلاف القاضي فلا يمكن أن يكون أحد الخصمين.

3. لا يقيم المُحَكَّم حدّا ولا يلاعن بين الزّوجين ولا يحكم في قصاص أو قذف أو طلاق أو عتق أو نسب أو ولاء[7]، لأنّ ذلك يستلزم جميعا إثبات حكمه ونفيه عن غير المتحاكمين، أو لأنّ فيه حقّا لله، بينما يصحّ ذلك ذلك جميعا من القاضي لأنّه يقضي في سائر الحقوق.

---

(1) انظر: ابن قيّم الجوزيّة، **إعلام الموقّعين**...ج1ص38.

(2) انظر: ابن منظور، **لسان العرب**، ج12ص142؛ الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، ج1ص1415؛ الرّازي، **مختار الصّحاح**، ج1ص62.

(3) انظر: ابن منظور، نفسه؛ الرازي، نفسه.

(4) **التّبصرة**، ج1ص50، الطّرابلسيّ، **معين الحكّام**...ص24.

(5) انظر: ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**...ج5ص428؛ ابن نجيم، **البحر الرّائق**...ج7ص27.

(6) انظر: ابن فرحون، نفسه، ج1ص51.

(7) انظر: نفسه، ص50؛ الكاساني، **بدائع الصنائع**...ج7ص3.

4. لا يتقيّد المحكَّم بمكان معيّن بخلاف القاضي يتقيّد بما في التّولية من تحديد مكان الولاية[1].

5. يعتبر حكم القاضي نافذا فيما وافق نصوص الشّريعة ومواضع الإجماع، وكذلك فيما كان محلاّ للاجتهاد، أمّا التّحكيم فقد اختُلف في نفوذه في مواضع الاجتهاد، فذهب جمهور الفقهاء إلى أنّه إذا حكم المحكَّم فإنّ حكمه ينفذ، وبه قال المالكيّة[2] والحنفيّة[3] والحنابلة[4]، وهو أظهر قولي الشّافعيّة[5].

وهو القول الرّاجح عند الزيديّة[6] والظّاهريّة[7]، وذهب بعض الفقهاء إلى أنّه لا ينفذ، فقد حكى الكاساني أنّ للقاضي أن يفسخ حكم المحكَّم في فصل مجتهد فيه إذا رُفع حكمه إليه وكان رأيه يخالف حكمَه[8]، وفي أحد قولي الشّافعيّة أنّه لا يلزم إلاّ برضا الخصمين بعد الحكم[9]، وهو أحد قولي الزيديّة[10].

تمسّك الجمهور بأنّ حكم المحكَّم صادر عن ولاية شرعيّة فينفذ[11]، وأنّ جواز حكمه يقتضي نفوذه[12]، وتمسّك المانعون أنّ في القول بنفوذ حكم المُحكَّم افتئات على القاضي والإمام ولأنّ رضاهما معتبر في التّحكيم[13] ولأنّ المحكّم ليس بحاكم[14].

ويظهر ترجّح قول الجمهور بنفاذ حكم المحكَّم دون توقّف على رضا الخصوم لالتزام حكمه من طرفهم سلفا، ولأنّه لا قيمة لمشروعيّة التّحكيم إذا لم يكن ملزما، وليس في تمسّك المانعين مستند صحيح، لأنّ المحكَّم ليس له من الصّلاحيات ما للحاكم، فهو حاكم بمعنى ضيّق ومحدود.

---

(1) انظر: ابن نجيم، **البحر الرّائق**...ج7ص31.

(2) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص50؛ ابن رشد، **بداية المجتهد**...ج2ص450.

(3) انظر: الطّرابلسي، **معين الحكّام**...ص25؛ السمناني، **روضة القضاة**...ج1ص79.

(4) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج11ص484؛ المرداوي، **الإنصاف**...ج11ص197.

(5) انظر: الشّيرازي، **المهذّب**...ج2ص291؛ النّووي، **المنهاج بشرح السّراج**...ص589.

(6) انظر: المرتضى، **البحر الزخّار**...ج6ص114.

(7) انظر: ابن حزم، **المحلّى**...ج9ص435.

(8) انظر: **بدائع الصّنائع**...ج7ص3.

(9) انظر: النّووي، **المنهاج بشرح السّراج الوهّاج للغمراوي**، ص589.

(10) انظر: المرتضى، نفسه.

(11) انظر: الزّيلعي، **تبيين الحقائق**...ج4ص193.

(12) انظر: السّمناني، نفسه.

(13) انظر: نفسه.

(14) انظر: المرتضى، نفسه.

وممّا تقدّم يتأكّد كون التّحكيم جهة قضائيّة معتبرة شرعا، وأحكامه نافذة كأحكام القضاء فلا يصحّ نقضها وفسخها وبالتّالي تستحقّ أن تحوز حجيّة الأحكام القضائيّة.

ثالثا: ولاية المظالم. الولاية في اللّغة من وَلِي الشيء ووَلِي عليه، من أهمّ معانيها النّصرة[1]والخطّة والإمارة والسّلطان[2]، وأمّا المَظَالِم فهي جمع مَظْلَمَة (بفتح الميم وكسر اللاّم) اسم لما تطلبه عند الظّالم، وهي من الظّلم وهو وضع الشّيء في غير موضعه[3]، وعند فلان ظُلامتي ومَظْلِمتي، أي حقّي الّذي ظلمته[4].

وتُطلق الولاية اصطلاحا بمعنى "تنفيذ القول على الغير شاء الغير أو أبى"[5]، بمعنى أنّ الولاية التّنفيذ على المولّى عليه برضاه أو بغير رضاه، إذ في الولاية معنى السّلطة والإمارة، وقد عرّفت ولاية المظالم بأنّها "قوْد المتظالمين إلى التناصف بالرّهبة، وزجر المتنازعين عن التّجاحد بالهيبة"[6]، وهي وظيفة ممتزجة بين سطوة السلطنة ونصفة القضاء، ويحتاج ناظر المظالم إلى سطوة الحماة وثبت القضاة[7].

وتتعلّق بالنّظر في تعسّف الولاة في استعمال السّلطة وتجاوز المسؤولين والعاملين في الضّرائب والزّكاة، وتظلّم العاملين من نقص رواتبهم أو تأخّر صرفها، والنّظر في ردّ الغصوب الأميريّة وغصوب السّطو والقهر والغلبة والنّظر في الأوقاف وفي إمضاء أحكام القضاء على ذوي السّلطة والمال والقوّة، والنّظر فيما عجز عنه النّاظر في الحسبة، والنّظر في مراعاة العبادات الظّاهرة والنّظر في التّظلمات من أحكام القضاء العاديّ[8].

والملاحظ أنّ ولاية المظالم بهذا المعنى تتقاطع في بعض الأعمال مع الوظيفة القضائيّة البحتة، ولهذا تتوقّف مباشرتها على التظلّم، كتظلّم الموظّفين من نقص رواتبهم أو تأخّر صرفها، وكذا النّظر في التظلّمات من أحكام القضاء العاديّ، وتزيد عن الوظيفة القضائيّة البحتة بمراقبة أعمال الولاة والمسؤولين وجباة الزّكاة وردّ الغصوب والنّظر في الأوقاف ومراعاة العبادات الظّاهرة ممّا لا تتوقّف مباشرته على تظلّم، ولهذا قال ابن خلدون عن ولاية المظالم: "أوسع من نظر القاضي"[9].

---

(1) انظر: الزّمخشري، **أساس البلاغة**، ص509؛ الفيومي، **المصباح المنير**، ج2ص672.

(2) انظر: الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، ج4ص401.

(3) انظر: الفيومي، نفسه، ج2ص386.

(4) انظر: الزّمخشري، نفسه، ص290.

(5) انظر: الجرجاني، **التّعريفات**، ص254.

(6) الماوردي، **الأحكام السّلطانيّة**...ص146؛ الفرّاء، **الأحكام السّلطانيّة**، ص73.

(7) انظر: الماوردي، نفسه؛ الفرّاء، نفسه؛ ابن خلدون، **المقدّمة**، ص222.

(8) انظر: الماوردي، نفسه، ص151-157؛ الفرّاء، نفسه، ص76-79.

(9) **المقدّمة**، ص222.

وقد عدّد الماوردي والفرّاء[1] جملة من أوجه الاختلاف بين القضاء وولاية المظالم أهمّها[2]:

1. أنّ له ردّ الخصوم إذا أعضلوا إلى وساطة الأمناء ليفصلوا التّنازع بينهم صلحا عن تراض، وليس للقاضي ذلك إلاّ عن رضا الخصمين بالردّ.

2. أنّه يسمع من شهادات المستورين ما يخرج عن عرف القضاة في شهادة المعدّلين.

3. أنّه يجوز أن يبتدأ باستدعاء الشّهود، ويسألهم عمّا عندهم في تنازع الخصوم، وعادة القضاة تكليف المدّعي إحضار بيّنته ولا يسمعونها إلاّ بعد مسألتهم.

وممّا تقدّم يتبيّن أنّ ولاية المظالم في أغلب ما تباشره من أعمال تمثّل جهة قضائيّة تتوقّف على التظلّم، وتقضي بما يتبيّن من أدلّة وتسلك ما حدّده الشّرع من إجراءات، وإنّما استقلّت بذلك ممّا هو من صميم عمل القضاء كبحا لجماح ذوي السّلطة والمال لمّا لم يكفّهم سلطان القضاء العاديّ، وهي بهذا تشبه ما يعدّ حاليّا بنظام القضاء الإداريّ أو مجلس الدّولة، إلاّ أنّها مع ذلك لا تعدّ جهة قضائيّة فيما تباشره من وظائف الاحتساب الصّرف كالنّظر في الأوقاف ومراعاة العبادات الظّاهرة وكلّ ما لا تتوقّف مباشرته على تظلّم .

رابعا: ولاية الحسبة. الحسبة في اللّغة من حَسِبَ الشيء يحسبه حسبة واحتسابا، أي طلب الأجر[3]، والحسبة العدّ والتّقدير[4]، أمّا في الاصطلاح فهي "أمر بالمعروف إذا ظهر تركه، ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله"[5].

فهي وظيفة تعنى بمحاربة المنكرات العامّة الّتي تتجسّد بترك معروف أو اقتراف منكر وهدفها حفظ الحقوق، سواء أكانت حقوقا لله أم للآدميين أم كانت حقوقا مشتركة، كالأمر بأداء صلاة الجماعة والجمعة، وقمع الابتداع ومحاربة المعاملات الماليّة الفاسدة كالاحتكار، ونهي المتجاوز عن موضع البنيان ما لم يكن في المسألة نزاع معروض على القضاء، وأمر الكافلين برعاية المتكفّل بهم[6].

---

(1) هو محمّد بن الحسين بن محمّد بن خلف بن أحمد البغداديّ الحنبليّ، ولد سنة 380 هجريّة، عالم العراق في زمانه، ولي القضاء بـدار الخلافة، كان كثير التصنيف، من مؤلّفاته "أحكام القرآن" و"مسائل الإيمان" و"المعتمد" و"عيون المسائل" (انظر: الذّهبيّ، **سير أعلام النّبلاء**، ج18، ص89)

(2) انظر: الماوردي، **الأحكام السلطانيّة**... ص156-157؛ الفرّاء، **الأحكام السلطانيّة**، ص79.

(3) انظر: الفيومي، **المصباح المنير**، ج1ص135.

(4) انظر: الزّمخشري، **أساس البلاغة**، ص83؛ الفيومي، نفسه، ج1ص134.

(5) الماوردي، نفسه، ص406.

(6) انظر: الماوردي، نفسه، ص410-433؛ الفرّاء، نفسه، ص287-308؛ ابن تيميّة، **الحسبة في الإسلام**، ص8و9و29.

وتختلف ولاية الحسبة عن ولاية القضاء في أمور ثلاثة[1]:

1. أنّ والي الحسبة لا يسمع الدّعوى في غير المنكرات الظّاهرة كالعقود والمعاملات وسائر الحقوق، ولا يجوز له الحكم فيها.

2. أنّ والي الحسبة لا يتعرّض إلاّ للحقوق المعترف بها، أمّا ما يكون فيه التّجاحد والتناكر، فلا يجوز له النّظر فيه لأنّه لا يسمع بيّنة على إثبات الحقّ ولا أن يحلّف على نفيه، ومع ذلك فهو يحكم في بعض المسائل المتنازع فيها ممّا يُجعل في ولايته[2].

3. أنّ الحسبة لا تتوقّف على دعوى وتظلّم بخلاف القضاء فهو يتطلّبها.

وممّا تقدّم يتبيّن أنّ ولاية الحسبة غير ولاية القضاء، وأنّ ما يصدر عنها لا يمكن عدّه أحكاما قضائيّة إلاّ في الاستثناء القليل، بل إنّ ما منعه المحتسب أو أمر به يمكن أن يلجأ المتضرّر إلى القضاء فيجيز ما منعه أو يمنع ما أمر به، ولهذا فالأصل أن لا تُعدّ ولاية الحسبة جهة قضائيّة إلاّ استثناء فيما جُعل لها الحكم فيه.

الفرع الثّاني: أثر عدّ الجهة قضائيّة على حيازة أحكامها للحجيّة في القانون الوضعيّ.

يُشترط لحيازة الحكم القضائيّ للحجيّة أن يكون صادرا عن جهة قضائيّة، فلا يكفي أن يصدر حكم بشأن نزاع معيّن ليحوز الحجيّة بغضّ النّظر عن الجهة الّتي أصدرته، بل لابدّ أن تكون ذات طبيعة قضائيّة[3] وأن تكون قد أصدرته بمقتضى سلطتها القضائيّة[4]، فإنّ مباشرة مهمّة الفصل في المنازعات من جهة أو سلطة لم يخوّلها القانون هذه الوظيفة لا يضفي على ما تصدره أيّ صفة أو أثر للحكم القضائيّ بما في ذلك حيازته لحجيّة الشيء المقضيّ فيه، بل إنّ "القرار الصّادر من هيئة غير قضائيّة لا يعدّ حكما ولو كان من بين أعضائها أحد القضاة"[5]، وكذلك فإنّ مباشرة الجهة القضائيّة وظائف أخرى غير وظيفة الفصل في المنازعات يجعل ما يصدر عنها غير مؤهّل لأن يعدّ حكما ولا أن يتمتّع بما تتمتّع به الأحكام من صفة وآثار.

---

(1) انظر: الماوردي، **الأحكام السلطانيّة**...ص409؛ الفرّاء، **الأحكام السلطانيّة** ، ص286.

(2) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص17.

(3) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص34؛ السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص648؛ إدوار غالي الدهبي، **حجيّة الحكم الجنائي**...ص126؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص146.

(4) سيأتي توضح إصدار الحكم بمقتضى السّلطة القضائيّة عند التعرّض لمجال سريان الحجيّة من حيث طبيعة العمل في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ، انظر ص 399-409 من هذا البحث.

(5) أحمد أبو الوفا، نفسه.

كما تميّز عمل جهة القضاء المخوّلة قانونا في الدّولة بصفة المشروعيّة في مواجهة حكم القضاء الأجنبيّ أو حكم محاكم سلطات الاحتلال بالنّظر إلى أنّهما غير مخوّلين بمقتضى القانون الوطني للفصل في المنازعات، ويمسّان بمبدأ سيادة الدّولة، ولهذا فيخضع تنفيذهما لشروط محدّدة قانونا، ممّا يدلّ على أنّ الأصل عدم اعتبارهما جهة قضائيّة[1].

وحتّى يتبيّن بشكل أوضح ما يعتبر جهة قضائيّة من بين الجهات الّتي قد تتعرّض لمواضع النّزاع والخصومات وما يتعلّق بها ممّا لا يمكن عدّه كذلك فقد آثرت أن أتعرّض بشكل موجز لأهمّ هذه الجهات قصد توضيح إمكانيّة عدّها جهة قضائيّة وهي جهة الإفتاء والتّحكيم وأثر ذلك على حجيّة الأحكام.

أوّلا: الفتوى[2]. المقصود بالفتوى هنا ما تصدره بعض الهيئات إجابة عن استشارات قانونيّة، ويظهر ما يصدر عن مجلس الدّولة من فتاوى ضمن الاختصاصات الاستشاريّة، أو ما يصدر عن قسم الفتوى فيه نموذجا للفتوى في القانون[3]، ويستمد مجلس الدّولة في الجزائر هذه الوظيفة في مجال التّشريع من نصّ المادّة 119 من الدّستور الّتي تنصّ على أنّه "تُعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء بعد الأخذ برأي مجلس الدّولة"، وتنصّ المادّة 4 من القانون 98-01 المؤرّخ في 30-05-1998 على أنّه "يبدي مجلس الدّولة رأيه في مشاريع القوانين حسب الشّروط الّتي يحدّدها هذا القانون والكيفيّات المحدّدة ضمن نظامه الدّاخلي"، كما تنصّ المادّة 12 من ذات القانون على أنّه "يُبدي مجلس الدّولة رأيه في المشاريع الّتي يتمّ إخطاره بها حسب الأحكام المنصوص عليها في المادّة 4 أعلاه ويقترح التعديلات الّتي يراها ضروريّة".

ولا تتوقّف مشاريع القوانين الّتي تكون محلّ استشارة لدى مجلس الدّولة على المجال الإداريّ، بل تتعدّاه إلى كلّ مشاريع القوانين مهما كان موضوعها[4]، وما يفهم من نصّ المادّة 119 من الدّستور والمادّتين 04 و12 من القانون 98-01 أنّ ما يصدر عن مجلس الدّولة بخصوص مشاريع القوانين المعروضة عليه لا يعدو أن يكون رأيا أو فتوى غير ملزم للحكومة، إذ هو يمارس دورا استشاريّا رغم أنّها تكون ملزمة باستشارته.

---

(1) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**... ص147-148؛ إدوار غالي الذّهبي، **حجيّة الحكم الجنائي**... ص172-179.

(2) الأصل أن لا يعتبر الإفتاء جهة منفصلة عن جهة القضاء في القانون لأنّه مهمّة تقوم بها جهات قضائيّة رغم طابعها غير القضائيّ مثل ما يصدر عن مجلس الدّولة الجزائريّ من إبداء رأي حول مشاريع القوانين وفق المادّة 119 من الدّستور، إلاّ أنّه لّما سبق التّعرّض لجهة الإفتاء في الشّريعة الإسلاميّة كجهة متميّزة عن الجهة القضائيّة رغم إخبارها عن أحكام الشّريعة فقد سلكتُ نفس الطّريقة في القانون الوضعيّ رغم أنّها لا تمثّل جهة مستقلّة عن الجهة القضائيّة، وإنّما تُعدّ من الوظائف غير القضائيّة الّتي تباشرها الجهات القضائيّة متمثّلة في مجلس الدّولة.

(3) يتكوّن مجلس الدّولة المصريّ من ثلاثة أقسام هي: قسم التّشريع، قسم الفتوى، قسم القضاء.

(4) انظر: عمّار بوضياف، **النّظام القضائيّ الجزائريّ**، ص301.

وممّا تقدّم يتبيّن أنّ مجلس الدّولة في حدود تقديمه لرأيه حول مشاريع القوانين لا يعدّ جهة قضائيّة، ولا يعدّ ما يصدر عنه أحكاما قضائيّة، رغم أنّ الوظيفة الأساسيّة لمجلس الدّولة هي الوظيفة القضائيّة كما سبق بيانه، وكذلك الأمر بالنّسبة للجوء الإدارة إلى مجلس الدّولة لطلب الرّأي القانونيّ في المسائل الّتي تعرضها جهة الإدارة عليه، سواء أكان هذا العرض اختياريّا بحيث تختار جهة الإدارة اللّجوء إلى المجلس من تلقاء نفسها بحيث لا يترتّب على عدم طلب الاستشارة تعييب العمل وافتقاده للمشروعيّة أم كان إجباريّا لأنّ القانون يُلزم الإدارة بطلب الاستشارة القانونيّة وإلاّ كان عملها معيبا مفتقدا للمشروعيّة[1].

والأهمّ فيما تقدّم جميعا أنّ الفتوى لا تتّصف بالصّفة القضائيّة، وهي ليست أحكاما قضائيّة ولا تكون محلاّ للطّعن، وبالتّالي فلا تُعدّ الجهة المصدرة لها جهة قضائيّة فيما تعلّق بمباشرتها للفتوى.

---

(1) انظر: سعد عصفور، محسن خليل، **القضاء الإداري**، منشأة المعارف بالأسكندريّة، مصر، ص156.

خلاصة مقارنة

ختاما للمبحث الموسوم بـــ "صدور الحكم عن جهة قضائيّة وأثره على الحجيّة في الشّريعة الإســـلاميّة والقانون الوضعيّ " فإنّه يتبيّن اتّفاق واسع بينهما في تحديد مفهوم الجهة القضائيّة وتأثير ذلك على حيازة ما يصدر عنها من أحكام للحجيّة، ويمكن الإشارة إلى ذلك في النّقاط التّالية:

1. يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة في أنّ الجهة القضائيّة تتمثّل أساسا في السّلطة المخوّلة للفصل في المنازعات, فهي في مفهومها الدّقيق إنّما تتحدّد بوظيفتها ومهمّتها الأساسيّة.

وبغضّ النّظر عن التّسميات المختلفة الّتي عرفها التّاريخ الإسلاميّ من قضاء عاديّ وولاية مظالم وولاية حسبة وغيرها, والتّسميّات المختلفة الّتي يعرفها القانون الوضعيّ من قضاء عـــاديّ وقضـــاء إداريّ وقضـــاء متخصّص, فإنّ العبرة منها جميعا هي بالدّور الّذي تمارسه،فمتى كانت مخوّلة بالفصل في المنازعات كانت جهة قضائيّة ولو جزئيّا إذا باشرت مهامّ أخرى إضافة إلى هذه المهمّة الأساسيّة.

2. يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة في اشتراط كون الجهة قضائيّة لحيازة ما يصدر عنـــها مـــن أحكام للحجيّة, ولهذا فإنّ ما يصدر عن جهات الفتوى لا يعدّ حكما قضائيّا على اعتبار أنّها غـــير مخوّلـــة للفصل في المنازعات على وجه الإلزام, ولهذا فلا تحوز الفتوى الحجيّة ولا تمنع من صدور فتوى أخـــرى أو حكم بشأن النّزاع المعروض.

وعلى العكس من ذلك فإنّ التّحكيم يعدّ جهة قضائيّة في الحدود المنصوبة شرعا وقانونا على اعتبار أنّه مخوّل لمهمّة الفصل في أنواع من المنازعات, ولهذا رتّب على ذلك جمهور فقهاء الإسلام قولهم بنفاذ حكـــم المحكّم, وعدم إمكانيّة نقضه, وهو ذات ما فعله القانون الوضعيّ حيث تعامل مع أحكام المحكّم كتعامله مـــع الأحكام القضائيّة العاديّة من حيث خضوعه للاستئناف وعدم جواز الّلجوء إلى القضاء العامّ بعد صـــدوره بدعوى مبتدأة، فكان حكم المحكّم حائزا للحجيّة معتبرا في الدّعاوى المستقبلة في الشّريعة والقـــانون علـــى السّواء.

وهو ما ينطبق على الجهات القضائيّة التي تخوّلها الشّريعة الإسلاميّة أو القانون الوضعيّ وظيفة الفصل في الخصومات إلاّ أنّها لا تعدّ جهة قضائيّة إلاّ في حدود قيامها بهذه الوظيفة.

3. يختلف القانون الوضعيّ عن الشّريعة الإسلاميّة في عدّ الحاكم (رئيس الجمهوريّة) ونائبه ووزيره المفـــوّض لهذه المهمّة جهة قضائيّة, فبينما يعتبر فقه الشّريعة أنّ وظيفة القضاء تتعلّق أساسا بالحاكم, ولـــه أن يفـــوّض القيام بها لوزيره أو لنائبه أو لأميره على الإقليم إضافة إلى الجهات الّتي يخوّلها هذه المهمّة, فإنّ القانون الوضعيّ يرى أنّ مهمّة الفصل في المنازعات تكون قاصرة على جهة مستقلّة عن السّلطة التّنفيذيّة بنـــاء علـــى مبـــدأ

استقلاليّة السّلطات في الدّولة والّذي يقتضي تخصّصا وظيفيّا واستقلالا عضـــويّا عـــن السّـــلطة التّنفيذيّـــة والتّشريعيّة.

ورغم ما يُوجَّه إلى تطبيق مبدأ الفصل بين السّلطات في الأنظمة الوضعيّة من مأخذ وضع القضاء فيهـــا تحت إشراف إداريّ تابع وخاضع للحكومة (وزارة العدل) ومأخذ تجاوز السّلطة القضائيّة بإنشـــاء المحـــاكم الاسثنائيّة فإنّ مبادئ الشّريعة الإسلاميّة وقواعده لا تنافي هذا الاستقلال, بل تدعمه تحقيقا لمبدأ العدالة.
بل إنّ اعتبار الحاكم في نظر الشّريعة مكلّفا بمهمّة القضاء لا يقتضي تفويض نوّابه ووزرائه وولاّة الأقاليم هذه المهمّة, وإنّما يقتضي ذلك ابتداء رعاية أمر القضاء وحسن سيره وتعيين القائمين عليه.

المبحث الثّاني: صدور الحكم في حدود اختصاص الجهة القضائيّة وأثره على الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

إذا كان من الواجب لكي يحوز الحكم القضائيّ حجيّته أن يكون صادرا عن جهة قضائيّة كما سبق بيانه فإنّه من الضروريّ أيضا أن يكون إصدار المحكمة له في حدود الاختصاص الممنوح لها، لأنّ سلطة القاضي مستمدّة ممّا له من ولاية خوّلتها إيّاه التّولية، فيكون ملزما بحدودها، فإذا خرج عن حدود تلك الولاية والمهمّة لم يعتبر عمله ولا حكمه، وهو ما يتطلّب بيان شرط اختصاص الجهة القضائيّة، ومدى ارتباط مراعاته بحجيّة الحكم القضائيّ، وسأتناول ذلك في مطلبين هما:

المطلب الأوّل: مفهوم اختصاص الجهة القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الثّاني: أثر مراعاة الحكم القضائيّ للاختصاص على حيازته للحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الأوّل: مفهوم اختصاص الجهة القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

التّعرّض لمفهوم الاختصاص القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ يرتبط أساسا بالأشكال المختلفة لهذه الاختصاصات، ويبدو معناه متقاربا فيهما، وهو ما سأحاول التعرّض لبيانه ابتداء ببيان مفهوم الاختصاص في كلّ منهما على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: مفهوم اختصاص الجهة القضائيّة وأشكاله في الشّريعة الإسلاميّة.

الفرع الثّاني: مفهوم اختصاص الجهة القضائيّة وأشكاله في القانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: مفهوم اختصاص الجهة القضائيّة وأشكاله في الشّريعة الإسلاميّة.

أوّلا: مفهوم اختصاص الجهة القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة. الاختصاص في اللّغة من اخْتَصّ يَخْتَصّ اخْتِصَاصا مزيد من خَصّ يَخُصّ خُصُوصِيّة، بمعنى انفرد بالشيء دون غيره[1]، ويقصد به في الاصطلاح اقتصار ولاية القاضي في نظره للنّزاع على طائفة من القضايا دون غيرها[2]، ومعنى ذلك أنّ نظر القاضي للنّزاع يكون محدّدا بقيد معيّن كالمكان أو الزّمان أو الخصوم أو نوع القضايا، ويكون ذلك بتقييد القاضي في عقد التّولية بأحد هذه القيود بحيث يقصر نظره عن طائفة معيّنة، وقد سمّى ابن فرحون ما اختصّ القاضي بالنّظر فيه "ولاية جزئيّة وشعبة من ولاية القضاء"[3]، ومثّل لها بولاية العقود والفسوخ في الأنكحة فقط.

ويستمدّ الاختصاص القضائيّ مشروعيّته من إنابة النبيّ ﷺ بعض أصحابه قضاة في أقاليم معيّنة، من ذلك إرسال عليّ رضي الله عنه قاضيا على اليمن[4]، وهذا تخصيص منه بالمكان متمثّلا في اليمن، وكذلك أنّ القاضي نائب عن الإمام أو الحاكم ووكيله، والوكالة يجوز أن تكون عامّة ويجوز أن تكون خاصّة فجاز للإمام أن يخصّص القضاء بالقيد الّذي يراه مناسبا.

---

(1) انظر: الفيومي، **المصباح المنير**، ج1ص171؛ الزّمخشري، **أساس البلاغة**، ص112، الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، ج2ص300.

(2) انظر: الماوردي، **الأحكام السلطانيّة**...ص136؛ ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص57؛ حامد محمّد أبو طالب، **التنظيم القضائيّ الإسلاميّ**، ص125؛ الزحيلي محمّد، **التّنظيم القضائيّ في الفقه الإسلاميّ**، ص136؛ أحمد مليجي، **تحديد نطاق الولاية القضائيّة**... ص523.

(3) **التبصرة**، ج1ص17.

(4) رواه أبو داود، كتاب الأقضية، رقم 3111، ج2ص114؛ التّرمذي، كتاب الأحكام، ح1346، قال الترمذي: "هذا حديث حسن" (انظر: المباركفوري، **تحفة الأحوذي**...ج4ص467).

وحتّى يتّضح بجلاء مفهوم الاختصاص القضائيّ فإنّه يجدر ابتداء بيان أنّ ولاية القضاء تمتدّ لتشمل سائر الحقوق المتنازع فيها، وأنّ التّخصيص يمثّل توزيعا لهذه الولاية على القضاة أو المحاكم أو الجهات القضائيّة.

ذلك أنّه من المستقرّ في فقه القضاء الإسلاميّ أنّ ولاية القضاء تعمّ من النّاحية الموضوعيّة جميع الحقوق المتنازع فيها، بحيث لا تخرج و لا تستثنى من ولاية القضاء خصومة، وقد سبق أن أشرت إلى عبارة ابن فرحون المالكيّ في قوله:" المقضيّ فيه هو جميع الحقوق"[1]، وكذلك صرّح ابن رشد بقوله:" أمّا فيما يحكم فاتّفقوا أنّ القاضي يحكم في كلّ شيء من الحقوق كان حقّا لله أو حقّا للآدميين"[2].

ثانيا: أشكال الاختصاص القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة. إنّ ما تقدّم من كون ولاية القضاء في الشّريعة الإسلاميّة تعمّ من النّاحية الموضوعيّة جميع الحقوق المتنازع فيها لا يعني عدم وجود تخصيص نوعيّ أو محليّ أو قيميّ أو حتّى زمانيّ في نطاق فقه القضاء الإسلاميّ، وهذا ما سيأتي بيانه، إلاّ أنّه من الضروريّ الجزم بأنّ مجموع التّخصيصات –متى وجدت– يجب أن تكون شاملة لكلّ المنازعات.

"فالإمام له أن يخصّص القضاة بحكم ولايته العامّة، بيد أنّه إذا أخرج منازعة معيّنة من ولاية أحد القضاة فليس أمامه إلاّ أحد طريقين لا ثالث لهما: إمّا أن يجعل نظر هذه المنازعة ضمن ولاية قاض آخر، أو ينظرها بنفسه بحكم أنّه قاضي [ذي]* ولاية عامّة فكلّ إمام قاضي، وولايته غير قابلة للتّخصيص بل هو الّذي يملك تخصيص القضاة"[3].

ويترتّب عمّا تقدّم أنّه ليس هناك انتفاء مطلقا لولاية القضاء في الشّريعة الإسلاميّة، بحيث أنّ فقه القضاء في الشّريعة الإسلاميّة لم يستثن أعمال السّيادة من الخضوع للقضاء، حيث أنّ الدّولة تخضع أعمالها خضوعا كاملا للقضاء[4].

كما أنّ أحكام القضاء تمتدّ إلى سائر الأشخاص بما فيهم رؤساء الدّول الأجنبيّة وأعوانهم إذا ارتكبوا مخالفات في دار الإسلام، فإنّ الشّريعة الإسلاميّة لا تستثني رئيس الدّولة من الخضوع للقضاء فيكون من باب

---

(1) **التبصرة**، ص66.

(2) **بداية المجتهد**.... ج2ص382.

* ورد هكذا في النصّ الأصليّ والصّحيح: أنّ قاضي **[ذو]** ولاية عامّة.

(3) انظر: أحمد مليجي، **تحديد نطاق الولاية القضائيّة**...ص341.

(4) المقصود بأعمال السّيادة بعض الأعمال الإداريّة ذات الأهمّيّة الخاصّة والمتعلّقة بكيان الدّولة الدّاخلي والخارجي، والّتي تقتضي المصلحة العامّة عدم عرضها على القضاء حفظا للسريّة والكتمان الواجبين.

أولى أن لا تستثني رؤساء الدّول الأجنبيّة، ومن باب أولى أن تعمّ ولاية القضاء أعضاء السّلطة التّشريعيّة وغيرهم من أصحاب الإدارات والمناصب العليا في الدّولة[1].

والمتتبّع لنصوص الفقهاء حول ولاية القضاء يجد نوعين أساسيين لها[2].

أ- الولاية القضائيّة العامّة: حيث يكون للقاضي المولّى النّظر في كلّ المسائل والمنازعات الّتي تحتاج إلى حكم قضائيّ.

ب- الولاية القضائيّة الخاصّة: حيث يكون للقاضي المولّى النّظر في بعض المسائل والمنازعات دون غيرها بحسب نصّ التّولية، إذ أنّ للإمام (الحاكم) أن يقيّد سلطة القاضي وفقا لما يخدم مصلحة المجتمع، وعلى القاضي (أو الجهة القضائيّة) أن يلتزم بحدود التّولية حتّى يكون عمله معتبرا، لأنّ عمل القاضي نيابة عن الحاكم فيكون تصرّفه مقيّدا بحدود الإنابة، وقد يكون هذا التّخصيص باعتبار المكان أو الزّمان أو النّوع أو غيرها من التّخصيصات.

فأمّا تخصيص القضاء بالمكان فهو جائز[3]، بل اعتبره بعض الفقهاء شرطا لصحّة تولية القاضي[4].

كما يجوز تخصيص القضاء بالزّمان[5]بحيث تنتهي ولاية القاضي بانتهاء المدّة المحدّدة، وكذا يجوز تخصيص القضاء بنوع معيّن من الخصومة[6]بحيث يحدّد في تولية القاضي نوع الخصومة الّتي له أن ينظرها كالخصومة في الأموال أو في مسائل الزّواج والطّلاق أو في الحدود[7].

كما يمكن أن تحدّد بخصومة معيّنة بين أطراف معينين[8]، بل يجوز تخصيص القضاء بقيمة معيّنة من المال بحيث لا يحكم في نزاع حول قيمة أعلى منها[9]، إلاّ أنّه لا يعتبر تخصيصا بالمعنى الدّقيق المقصود في الاصطلاح ما يكون من توزيع للعمل داخل المحكمة الواحدة على القضاة بتكليف رئيس المحكمة بعضهم بنوع معيّن من

---

(1) انظر: عبد القادر عودة (ت1954م)، **التشريع الجنائيّ الإسلاميّ مقارنا بالقانون الوضعيّ**، دار إحياء التّراث العربيّ، بيروت، لبنان، ط4، 1405هـ-1985م، ص318-330.

(2) انظر: الماوردي، **الأحكام السّلطانيّة**...ص67؛ الفرّاء، **الأحكام السّلطانيّة**، ص49-50؛ ابن قدامة، **المغني**، ج9ص105.

(3) انظر: الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4ص379؛ ابن قدامة، نفسه.

(4) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص16؛ البهوتي، **كشّاف القناع**...ج6ص288.

(5) انظر: الشّربيني، نفسه؛ الفرّاء، نفسه، ص54؛ ؛ نظّام وجماعة، **الفتاوى الهنديّة**...ج3ص315.

(6) انظر: الشّربيني، نفسه، ج4ص134؛ الماوردي، نفسه، ص69؛ ابن قدامة، نفسه.

(7) يقول ابن قدامة: " يجوز – للإمام- أن يولّي قاضيين وثلاثة في بلد واحد، يجعل لكلّ واحد عملا. فيولّي أحدهم عقود الأنكحة والآخر والآخر الحكم في المداينات والآخر النّظر في العقار" (نفسه).

(8) انظر: الماوردي، نفسه، ص141.

(9) انظر: ابن قدامة، نفسه.

القضايا أو بالفصل في أيّام معيّنة على اعتبار أنّ الاختصاص منعقد للمحكمة جملة، وأنّ ما سبق لا يعدو أن يكون توزيعا للعمل داخلها.

الفرع الثّاني: مفهوم اختصاص الجهة القضائيّة وأشكاله في القانون الوضعيّ.

أوّلا: **مفهوم اختصاص الجهة القضائيّة في القانون الوضعيّ**. يمثّل القضاء مظهرا من مظاهر سيادة الدّولة، ولهذا فإنّه يجب أن تكون سلطة ممتدة إلى كلّ ما تمتدّ إليه سيادة الدّولة من إقليم بما يتضمّنه من أشخاص ووقائع، وذلك بأن يكون للقضاء حقّ الفصل في جميع النّزاعات والخصومات والوقائع الّتي تقع في إقليم الدّولة على جميع الأشخاص الطبيعيّة أو الاعتباريّة داخل الإقليم، وهو ما يسمّى بولاية القضاء والّتي تعرّف بأنّها "سلطة الحكم بمقتضى القانون في المنازعات"[1]، ذلك أنّ الدّولة تستأثر بالفصل في المنازعات الحادثة على إقليمها وبين الأشخاص الخاضعين لولاية القضاء فيها، وتباشر هذه السّلطة بواسطة أعضاء السّلطة القضائيّة.

ولأنّ ممارسة هذه المهمّة تقتضي تنصيب الهيئات القضائيّة وتوزيع المهامّ بينها لاستحالة تجميعها في محكمة واحدة نظرا لشساعة إقليم الدّولة وتنوّع النّزاعات فيها وغيرها من العوامل فقد ظهر الاختصاص القضائيّ والّذي يقتضي انفراد كلّ هيئة بجزء من المهمّة الكليّة، ولهذا عُرّف الاختصاص القضائيّ بأنّه "السّلطة الّتي خوّلها المشرّع هيئة من الهيئات القضائيّة للفصل في المنازعات"[2].

وذلك أنّ التّشريع لمّا جعل للجهة القضائيّة مهمّة الفصل في المنازعات وكانت ولاية القضاء بذلك مقرّرة لمجموع الهيئات والمحاكم التّابعة لها فإنّه يكون قد خصّص لكلّ هيئة أو محكمة نصيبا من ولاية القضاء باعتبارات مختلفة، وجمع تلك الولاية لجهة القضاء عموما في مواجهة سلطتي التّنفيذ والتّشريع[3].

ثانيا: أشكال الاختصاص القضائيّ في القانون الوضعيّ. يبدو من الضّروريّ قبل استعراض مفهوم الاختصاص النّوعيّ والمحليّ والقيميّ بيان أنّ ولاية القضاء قد تقتصر على بعض أنواع المنازعات أو الأشخاص نظرا لاعتبارات خاصّة قرّرتها التّشريعات وهو ما يسمّى بالانتفاء المطلق لولاية القضاء، ويُقصد به عدم

---

(1) أحمد مليجي، **تحديد نطاق الولاية القضائيّة**...ص11.

(2) رمزي سيف، **الوسيط**...ص207.

(3) انظر: أحمد مليجي، نفسه، ص447.

خضوع بعض المنازعات أو بعض الأشخاص لقضاء الدّولة، ويمكن تلخيص صور هذا الانتفاء على النّحو التّالي:

أ- المنازعات ذات العنصر الأجنبيّ. إذ تتضمّن قوانين المرافعات قيودا لانعقاد ولاية القضاء على المنازعات ذات العنصر الأجنبيّ، من ذلك ما نصّت عليه المادّة (589) من قانون الإجراءات الجزائيّة بأنّه "لا يجوز مباشرة إجراء أيّة متابعة من أجل جناية أو جنحة اقتُرفت في الجزائر ضدّ أجنبيّ يكون قد أثبت أنّه حوكم نهائيّا من أجل هذه الجناية أو الجنحة في الخارج، وأن يثبت في حالة الإدانة أنّه قضى العقوبة أو صدر عفو عنها".

ب- التمتّع بالحصانة القضائيّة. ويكون في الصّور التّالية[1]:

- الدّول الأجنبيّة: حيث تتمتّع بحصانة قضائيّة فيما تمارسه من نشاط كشخص دوليّ يتمتّع بالسّيادة.
- المنظّمات والهيئات الدّوليّة.
- ج. رؤساء الدّول الأجنبيّة.
- د. المبعوثون الديبلوماسيون.

ج- أعمال السّيادة: وهي أعمال إداريّة ذات أهميّة خاصّة متعلّقة بكيان الدّولة الدّاخليّ أو الخارجيّ والّتي تقتضي المصلحة العامّة عدم عرضها على القضاء حفظا للسريّة والتكتّم الواجبين لما في العمل القضائيّ من علنيّة وتحقيقات[2].

وقد اعتمدت كثير من التّشريعات الحاليّة في توزيع ولاية القضاء جهتين من القضاء وهما القضاء العادي والقضاء الإداري، كما أوجدت بعض الجهات القضائيّة الخاصّة استثناء كالقضاء العسكريّ أو اللّجان الإداريّة ذات الاختصاص القضائيّ.

فقد نصّت المادّة 152 من دستور 1996 على أنّه "تمثّل المحكمة العليا الهيئة المقوّمة لأعمال المجالس القضائيّة والمحاكم، ويؤسّس مجلس دولة كهيئة مقوّمة لأعمال الجهات القضائيّة الإداريّة. تضمن المحكمة العليا ومجلس الدّولة توحيد الاجتهاد القضائيّ في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون..."

(1) انظر: أحمد ماهر زغلول، **أعمال القاضي**...ص237-243.

(2) انظر: أحمد مليجي، **تحديد نطاق الولاية القضائيّة**...ص294.

فقد اعتمدت المادّة في نصّها جهتين قضائيّتين, جهة القضاء العاديّ الّذي تمثّل قمّة هرمه المحكمة العليا وتمثّل قاعدته المحاكم وتتوسّطه المجالس القضائيّة، وجهة القضاء الإداريّ الّذي يمثّل قمّة هرمه مجلس الدّولة وتمثّل قاعدته المحاكم الإداريّة المعبّر عنها بالجهات القضائيّة الإداريّة.

وإذا كانت المادّة 01 من قانون الإجراءات المدنيّة قد نصّت في فقرتها الأولى على "أنّ المحاكم هي الجهات القضائيّة الخاصّة بالقانون العامّ", فقد نصّت المادّة 01 من القانون 98_02 المؤرّخ في 30_05_1998 على أنّه "تنشأ محاكم إداريّة كجهة قضائيّة للقانون العامّ في المادّة الإداريّة".

ومن هنا يتبيّن أنّ المشرّع قد فصل جهة القضاء العاديّ عن جهة القضاء الإداريّ, وهو ما عمل به المشرّع الفرنسيّ والمصريّ وهو بذلك قد جعل لكلّ من الجهتين اختصاصا ولائيّا (وظيفيّا) تتميّز به.

1.الاختصاص الولائيّ: ويعرّف بأنّه: "دخول المسألة المتنازع عليها في الاختصاص العامّ الوظيفيّ لجهة من جهتيّ التّقاضي المدنيّ أو الإداريّ"[1]، والاختصاص الولائيّ بهذا المعنى أخصّ من ولاية القضاء, وهو سلطة يخوّلها القانون لكافّة محاكم الدّولة وأعضاء السّلطة القضائيّة التّابعين لجهة قضائيّة معيّنة لنظر النّزاع الموكول إليها وإصدار الأحكام.

وإلى جانب هذا الاختصاص الولائيّ لجهة قضائيّة معيّنة تظهر اختصاصات فرعيّة داخل الجهة القضائيّة الواحدة، وهي الاختصاص المحلّيّ والاختصاص النّوعيّ والاختصاص القيميّ، وذلك أنّ تعدّد المحاكم والهيئات القضائيّة جعل ولاية القضاء تتجزّأ بينها, فكان الاختصاص القضائيّ لكلّ واحدة منها هو نصيبها من ولاية جهة القضاء الّتي تتّبعها[2].

2. الاختصاص المحلّيّ: يقصد به نصيب المحكمة من ولاية القضاء بحسب موقعها الجغرافيّ من إقليم الدّولة[3]، إذ تعتمد الدّولة توزيع ولاية القضاء على المحاكم المنتشرة عبر ترابها لتمكين النّاس من التّقاضي واللّجوء إلى جهاز العدالة في أقرب موقع ممكن رعاية لمصالحهم.

كما يضمن توزيع الاختصاصات على المحاكم إقليميّا عدم تداخل صلاحيّاتها وعدم تعارض أعمالها.

والقاعدة أنّ المحكمة المختصّة بالنّظر في النّزاع هي محكمة موطن المدّعى عليه[4]، ويرجع السّبب في عقد الاختصاص لمحكمة موطن المدّعى عليه أنّ الأصل في مجال الإدّعاء براءة ذمّة المدّعى عليه, فيقع على عاتق

---

(1) عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ وقوّته**...ص159 وص212.

(2) انظر: أحمد مليجي، **تحديد نطاق الولاية القضائيّة**... ص447.

(3) انظر: فتحي والي، **مبادىء قانون القضاء المدنيّ**، ص243؛ أحمد مليجي، نفسه، 451.

(4) وهو ما تنصّ عليه المادّة 37 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة.

المدّعي عبء الدّعوى بالتّنقّل إلى موطن المدّعى عليه، وإذا كان المشرّع قد عقد الاختصاص المحلّيّ لمحكمة موطن المدّعى عليه كقاعدة عامّة فقد عاد فقرّر جملة من الاستثناءات في نصّ المادّة 08 من قانون الإجراءات المدنيّة حيث عقد الاختصاص المحلّيّ لغيرها من المحاكم[1].

وتظهر الحكمة من العدول عن محكمة موطن المدّعى عليه بعقد الاختصاص لمحكمة أخرى فيما يحقّقه هذا التّغيير من تمكين للمحكمة من إحاطة بموضوع النّزاع واتّخاذ الإجراءات اللاّزمة ومن مراعاة العدالة في إلقاء عبء الدّعوى على الخصوم, فمثلا بالنّسبة للدّعاوى المتعلّقة بالعقار فإنّ عقد الاختصاص للمحكمة الّتي يقع في دائرة اختصاصها هذا الأخير يعود لما في ذلك من تسهيل لإجراءات المعاينة أو ندب الخبير وهو ما يقصّر عمر النّزاع ويمكّن المحكمة من الإحاطة بموضوعه, وبالنّسبة لدعوى النّفقة فإنّ عقد الاختصاص للمحكمة الّتي يقع في دائرة اختصاصها موطن أو مسكن الدّائن بقيمة النّفقة (المدّعي) لا المدين (المدّعى عليه) يعود لما يفترضه المشرّع من حاجة الدّائن وعدم قدرته على التّنقّل لمحكمة المدين لما في ذلك من نفقات[2].

أمّا في المادّة الجزائيّة فإنّه تختصّ المحكمة بالنّظر في الجنح والمخالفات ويتحدّد اختصاصها المحليّ بالنّسبة للجنحة بالنّظر إلى محلّ الجريمة أو محلّ إقامة أحد المتّهمين أو شركائهم أو محلّ القبض عليه ولو كان هذا القبض وقع لسبب آخر (المادّة 1/329 من قانون الإجراءات الجزائيّة)، وإذا كان المتّهم محكوما عليه بعقوبة مقيّدة للحرّيّة محبوسا بمقرّ الجهة القضائيّة مصدرة الحكم فإنّه يؤول إليها الاختصاص بنظر جميع الجرائم المنسوبة إليه (المادّة 552 من نفس القانون)، كما تختصّ المحكمة الّتي ارتُكبت في نطاق دائرتها المخالفة أو المحكمة الموجودة في بلد إقامة مرتكب المخالفة بالنّظر فيها (المادّة 329 /4 من نفس القانون).

ويشمل الاختصاص الإقليميّ للمجلس القضائيّ مجموع الاختصاصات المحليّة للمحاكم التّابعة له، إذ أنّ المجلس هو من يختصّ بنظر الطّعون في الأحكام الصّادرة من المحاكم التّابعة لدائرة اختصاصه وفق ما تنصّ عليه المادّتان 5 و6 من قانون الإجراءات المدنيّة، ويمتدّ الاختصاص المحليّ لمحكمة مقرّ المجلس في الاختصاصات المقتصرة عليها إلى دائرة اختصاص المجلس القضائيّ الّذي تكون المحكمة تابعة له (المادّة 3/1 من نفس القانون)

أمّا فيما يتعلّق بالمحاكم الإداريّة فإنّ اختصاصها المكانيّ يخضع لتحديد يتكفّل به التّنظيم, وقد تضمّن المرسوم 98-356 في الملحق المتعلّق بالاختصاص الإقليميّ رسم المعالم الجغرافيّة والإقليميّة لكلّ محكمة إداريّة[3].

---

(1) وهو ما تضمّنته المادّة 39 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة.

(2) انظر: بوضياف عمّار، **النّظام القضائيّ الجزائريّ**، ص253.

(3) انظر: **الجريدة الرّسميّة**، رقم 86، 1998م، ص5_16.

وتمثّل كلّ من المحكمة العليا ومجلس الدّولة هرم السّلطة القضائيّة, ولهذا فإنّ اختصاصها الإقليميّ يمتدّ إلى كلّ التّراب الوطنيّ، وقد نصّت المادّة 152 من دستور 1996 على أنّه"... تضمن المحكمة العليا ومجلس الدّولة توحيد الاجتهاد القضائيّ في جميع أنحاء البلاد".

وينعقد الاختصاص المحليّ للمحكمة العسكريّة بالنّظر إلى مكان وقوع الجريمة أو مكان إيقاف المتّهم أو الوحدة العسكريّة الّتي يتّبعها، بينما يمتدّ الاختصاص المحلّيّ لمحكمة الجنايات إلى دائرة اختصاص المجلس الّذي تعقد جلستها بمقرّه المادّة 252 من قانون الإجراءات الجزائيّة.

كما نصّت 5/329 من قانون الإجراءات الجزائيّة على تمديد الاختصاص المحليّ للمحكمة إلى دوائر اختصاص محاكم أخرى عن طريق التّنظيم في جرائم المخدّرات والجريمة المنظّمة عبر الحدود الوطنيّة والجرائم الماسّة بأنظمة المعالجة الآليّة للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلّقة بالتّشريع الخاصّ بالصّرف.

ولا يرتبط الاختصاص المحلّيّ للمحكمة العليا للدّولة بمكان معيّن لارتباطه بأشخاص محدّدين وهما رئيس الجمهوريّة ورئيس الحكومة، كما يمتدّ اختصاص محكمة التّنازع على كلّ إقليم الدّولة نظرا لطبيعة عملها حيث تتولّى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدّولة وفقا لنصّ المادّة 4/152 من دستور 1996 وبما أنّ اختصاص هاتين الأخيرتين يشمل كلّ التراب الوطنيّ فإنّ اختصاص محكمة التّنازع يكون كذلك بشكل تلقائيّ.

3. الاختصاص النّوعيّ: يُقصد به مقدار ما للمحكمة من ولاية القضاء ضمن الجهة القضائيّة حسب نوع القضيّة[1]، وذلك أنّ المشرّع لمّا نظّم درجات التّقاضي خصّ كلّ درجة بجزء من هذه الولاية حسب نوع القضيّة المعروضة للفصل فيها, ويمكن تلخيصها بالنّسبة للقانون الجزائريّ كما يلي:

أ– اختصاصات القضاء العاديّ:

– **اختصاص المحاكم الابتدائيّة:** تعتبر المحاكم الابتدائيّة قاعدة الهرم في النّظام القضائيّ العاديّ في الجزائر، وتمثّل الجهة القضائيّة ذات الاختصاص العامّ[2]. فهي تفصل بمقتضى المادّة 01 من قانون الإجراءات المدنيّة في جميع القضايا المعروضة عليها سواء أكانت مدنيّة أم تجاريّة أم عقاريّة أم شخصيّة أم بحريّة

(1) انظر: أحمد مليجي، **تحديد نطاق الولاية القضائيّة**...ص 482.

(2) تنصّ المادّة 1/32 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على أنّ "المحكمة هي الجهة القضائيّة ذات الاختصاص العامّ"

أم عمّاليّة أم جزائيّة أم استعجاليّة[1]، ولا يخرج من دائرة اختصاصها نوعيّا سوى ما استثناه القانون وجعل الفصل فيه إلى جهات قضائيّة أخرى كالمنازعات الإداريّة الّتي تختصّ بالنّظر فيها المحاكم الإداريّة (المادّة 7 من قانون الإجراءات المدنيّة)، ورغم أنّ المحكمة تضمّ أقساما مختلفة, فإنّ هذا لا يعتبر تقسيما نوعيّا للاختصاص[2].

ورغم كون المحاكم الابتدائيّة تقضي بأحكام قابلة للاستئناف وفق ما تنصّ عليه المادّة 3 من قانون الإجراءات المدنيّة[3] فإنّها تختصّ ابتدائيّا ونهائيّا بالفصل في بعض القضايا المحدّدة على سبيل الحصر في المادّة 2 منه[4].

وقد خصّت المادّة 01 من قانون الإجراءات المدنيّة المحكمة المنعقدة بمقرّ المجلس ببعض الاختصاصات دون غيرها من المحاكم الابتدائيّة رغم أنّها لا تعدو أن تكون محكمة ابتدائيّة وأحكامها قابلة للاستئناف[5]، وقد يبرّر ذلك ما تحتويه هذه النّزاعات من الأهمّيّة خاصّة مع ندرة القضاة المؤهّلين وقت إصدار القانون سنة 1966[6].

(1) تقابلها في مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة المادّة 2/32 الّتي تنصّ على أنّه "تفصل المحكمة في جميع القضايا، لا سيما المدنيّة والتّجاريّة والبحريّة والاجتماعيّة والعقاريّة وقضايا شؤون الأسرة والّتي تختصّ بها محلّيّا"

(2) ففد قضت المحكمة العليا بأنّه "متى كان مقرّرا أنّ المحاكم هي الجهات القضائيّة الخاصّة بالقانون العامّ وهي تفصل في جميع القضايا المدنيّة والتجاريّة أو دعاوى الشّركات الّتي تختصّ بها محلّيّا، فإنّ إنشاء بعض الفروع لدى المحاكم لا يعدّ اختصاصا نوعيّا لهذه الفروع, بل هو تنظيم إداريّ بحت ومن ثمّ فإنّ النّعي على القرار بخرق قواعد الاختصاص النّوعيّ غير سليم يتعيّن رفضه"(نقض بتاريخ 19-12-1989، **المجلة القضائيّة**، عدد 04، 1990م، ص108).

(3) تنصّ المادّة 3/33 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على أنّ المحكمة "تفصل في جميع الدّعاوى الأخرى بأحكام قابلة للاستئناف"

(4) قصرت المادّة 33 من من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة ذلك بحالتين هما: 1-الدّعاوى الّتي لا تتجاوز قيمتها 150000 دج 2- الطّلبات المقابلة أو المقاصّة القضائيّة مهما كانت قيمتها إذا كانت قيمة الطّلبات المقدّمة من المدّعي لا تتجاوز 150000دج.

(5) تشير المادّة 32 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على إمكانيّة تشكيل المحكمة من أقطاب متخصّصة، كما تشير في فقرتها السّادسة على أنّه "...تختصّ الأقطاب المتخصّصة المنعقدة في بعض المحاكم بالنّظر دون سواها في مواد التّجارة الدوليّة والإفلاس والتّسوية القضائيّة والمنازعات المتعلّقة بالبنوك ومنازعات الملكيّة الفكريّة والمنازعات البحريّة والنّقل الجويّ ومنازعات التأمينات، يحدّد الاختصاص الإقليميّ للأقطاب المتخصّصة عن طريق التنظيم" وواضح أنّ مشروع القانون قد خصّ الأقطاب المتخصّصة بنظر هذه المنازعات لما لها من أهمّيّة خاصّة تتطلّب خبرة واهتماما خاصّا.

(6) مع توفّر القضاة المؤهّلين, وتساويهم في الدّرجة العلميّة فإنّه يغدو من الضّرورة إعادة إسناد هذه الاختصاصات إلى المحكمة العاديّة، خاصّة وأنّ في بقائها على هذا الحال إلحاق المشقّة بالمتقاضين رغم أنّه لا يغدو أن يكون حكما قابلا للاستئناف (انظر: بوضياف عمّار، **النّظام القضائيّ الجزائريّ**، ص249).

أمّا في ظلّ فكرة الأقطاب المتخصّصة فإنّ التّشريع يتّجه إلى إفرادها بنظر أنواع من القضايا[1].

ويختصّ قسم الأحداث على مستوى المحكمة الابتدائيّة بنظر الجنح الّتي يرتكبها الأحداث (المادّة 1/451 قانون الإجراءات الجزائيّة) بينما يُحال في قضايا المخالفات على محكمة المخالفات (المادّة 466 منه).

– **اختصاص المجالس القضائيّة:** تختصّ المجالس القضائيّة بنظر استئناف الأحكام الصّادرة من المحاكم الابتدائيّة (المادّة 5 قانون الإجراءات المدنيّة)[2]، كما تختصّ بالفصل في الدّرجة الأخيرة بالطّلبات المتعلّقة بتنازع الاختصاص بين القضاة إذا كان النّزاع متعلّقا بجهتين قضائيتين واقعتين في دائرة اختصاص المجلس القضائيّ نفسه،كما يختصّ المجلس بنظر طلبات الردّ المرفوعة ضدّ المحاكم التّابعة لدائرة اختصاصها (المادّة 6 قانون الإجراءات المدنيّة)[3].

– **اختصاص المحكمة العليا:** للمحكمة العليا اختصاص نوعيّ محدود يتمثّل في نظر الطّعون بالنّقض في الأحكام النّهائيّة الصّادرة من المجالس القضائيّة والمحاكم (المادّة 231 قانون الإجراءات المدنيّة).

كما تختصّ بالحكم وفقا للمادّة 232 قانون الإجراءات المدنيّة في نظر:

- تنازع الاختصاصات بين جهات قضائيّة لا تعلوها جهة قضائيّة مشتركة غير المحكمة العليا.
- المخاصمات المقدّمة بحقّ القضاة.
- الدّعاوى المتضمّنة طلب تنحّي المحكمة عن الحكم لشبهات مشروعة.
- تنحّي المحكمة عن نظر الدّعوى لداعي الأمن العمومي.

وتتلخّص الوظيفة الحقيقيّة للمحكمة العليا في مراقبة تطبيق القانون في المحاكم والمجالس القضائيّة، ولهذا فهي حين تتصدّى للحكم تبيّن موافقته أو مخالفته للقانون، وإذا نقضته تكشف عن وجه الخلل ومخالفة القانون، ثمّ تعيده إلى نفس الجهة الّتي أصدرت الحكم بتشكيلة جديدة أو هيئة أخرى تعادلها في الرّتبة، وهي بذلك لا تعيد نظر موضوع النّزاع من جديد وإنّما تبحث فقط مدى مطابقة هذا الحكم للقانون.

---

(1) تنصّ المادّة 6/32 على أنّه "تختصّ الأقطاب المتخصّصة المنعقدة في بعض المحاكم بالنّظر دون سواها في موادّ التّجارة الدوليّة، والإفلاس والتسوية القضائيّة والمنازعات المتعلّقة بالبنوك ومنازعات الملكيّة الفكريّة والمنازعات البحريّة والنقل الجويّ ومنازعات التأمينات"

(2) تقابلها المادّة 34 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة، إذ تنصّ على أنّه "يختصّ المجلس القضائيّ بالنّظر في استئناف الأحكام الصّادرة عن المحاكم في الدّرجة الأولى وفي جميع الموادّ حتّى ولو كان وصفها خاطئا"

(3) وهو ما تؤكّده المادّة 35 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة.

ب– اختصاصات القضاء الإداريّ:

– **اختصاص المحاكم الإداريّة**: تنصّ المادّة الأولى من القانون 98-02 المؤرّخ في 30-05-1998 على أنّه "تنشأ محاكم إداريّة كجهات قضائيّة للقانون العامّ في المادّة الإداريّة"، وهكذا أنشأ هذا القانون اختصاصا نوعيّا للمحاكم الإداريّة يتعلّق بالنّظر في المنازعات الإداريّة باختلاف أطرافها ومواضيعها، فهي صاحبة الولاية العامّة بالفصل في هذه المنازعات، إلاّ أنّه يستثنى من هذا الاختصاص ما جعله القانون من اختصاص مجلس الدّولة كالطّعون الموجّهة ضدّ القرارات التنظيميّة أو القرارات الصّادرة من السّلطات الإداريّة المركزيّة.

– **اختصاص مجلس الدّولة**: يمارس مجلس الدّولة اختصاصات استشاريّة وأخرى قضائيّة، وهذه الأخيرة هي محلّ الحديث هنا، إذ يُعتبر مجلس الدّولة مضطلعا بمهمّة ضمان الاجتهاد القضائيّ في الموادّ الإداريّة، وهو يمارس إضافة لذلك دور محكمة ابتدائيّة ودور محكمة استئناف ودور محكمة نقض.

فأمّا بالنّسبة لدور المحكمة الابتدائيّة فيتعلّق بنظر بعض النّزاعات الّتي تعرض ابتدائيّا وانتهائيّا عليه وهي[1]:

- الطّعون بالإلغاء المرفوعة ضدّ القرارات التنظيميّة أو الفرديّة الصّادرة عن السّلطات المركزيّة والهيئات العموميّة الوطنيّة والمنظّمات المهنيّة والوطنيّة.
- الطّعون الخاصّة بالتّفسير ومدى شرعيّة القرارات الّتي تكون نزاعاتها من اختصاص مجلس الدّولة.

وأمّا بالنّسبة لدور محكمة الاستئناف فيتعلّق بنظر القرارات الصّادرة ابتدائيّا عن المحاكم الإداريّة ما لم ينصّ القانون على خلاف ذلك، وأمّا بالنّسبة لدور محكمة النّقض فيتعلّق بنظر الطّعون بالنّقض المقدّمة ضدّ القرارات النّهائيّة للمحاكم الإداريّة، وكذا قرارات مجلس المحاسبة[2].

ج. الاختصاصات النوعيّة للجهات القضائيّة المتخصّصة.

– **الاختصاص النّوعيّ لمحكمة التّنازع**: تنصّ المادّة 4/152 من الدّستور على أنّ محكمة التّنازع تتولّى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدّولة، ويُعدّ هذا تحديدا دقيقا لاختصاصها النّوعيّ، وقد نصّت المادّة الثّالثة من القانون العضويّ 98-03 على أنّه "تختصّ محكمة التّنازع في الفصل في منازعات الاختصاص بين الجهات القضائيّة الخاضعة للنّظام القضائيّ العاديّ والجهات القضائيّة الخاضعة للنّظام القضائيّ الإداريّ حسب الشّروط المحدّدة في هذا القانون".

---

(1) الموادّ 9و10و11 من القانون العضويّ 98-01.

(2) المادّة 11 من القانون العضويّ 98-01.

وما يمكن استنتاجه من المادّة 4/152 من الدّستور والمادّة 03 من القانون العضويّ 98-03 أنّ محكمة التّنازع غير مختصّة بالفصل في منازعات الاختصاص بين الجهات القضائيّة الخاضعة لنفس النّظام, كتنازع محكمة مقرّ المجلس مع محكمة أخرى حول الاختصاص بنظر قضيّة معيّنة نظرا لنوعها لأنّ ذلك يعود للمجلس القضائيّ الّذي تقعان بدائرة اختصاصه إن كانتا تابعتين له, أو تنازع محكمتين إداريتين حول الاختصاص المحلّيّ لأنّ ذلك يعود لمجلس الدّولة، وإنّما تختصّ بالمنازعات حول الاختصاص بين جهتيّ القضاء العاديّ والقضاء الإداريّ.

ويثير توسيع المادّة 03 من القانون العضويّ 98-03 مجال اختصاص إلى كل المنازعات الواقعة بين جهات القضاء العاديّ وجهات القضاء الإداريّ بينما تقصرها المادّة 4/152 من الدّستور على المنازعات الواقعة بين المحكمة العليا ومجلس الدّولة، إلاّ أنّه يتعيّن على القاضي تطبيق المادّة 3 لأنّه لا يملك الرّقابة على دستوريّة القوانين .

– **الاختصاص النّوعيّ للمحكمة العليا للدّولة:** تعتبر المادّة 158 من الدّستور صريحة في تحديد الاختصاص النّوعيّ لهذه المحكمة وهي الفصل في التّهم بالخيانة العظمى الموجّهة لرئيس الجمهوريّة, وكذا في التّهم المتابع بها كلّ من رئيس الجمهوريّة ورئيس الحكومة حول الأفعال المعدودة جنايات أو جنحا والّتي يرتكباها بمناسبة تأديتهما لمهامّهما، وهو اختصاص دقيق.

– **الاختصاص النّوعيّ للمحكمة العسكريّة:** تختصّ المحكمة العسكريّة بنظر الجرائم العسكريّة الّتي يرتكبها البالغون أو الأحداث, سواء أكانوا فاعلين أصليّين أو شركاء[1]، وقد تكون هذه الجرائم العسكريّة من ارتكاب عسكريّين أو مدنيّين, فهي قد تكون جرائم عسكريّة بحتة كجرائم الإخلال بالشّرف والواجب ومخالفة التّعليمات العسكريّة, وقد تكون من جرائم القانون العامّ يرتكبها عسكريّ أثناء الخدمة أو بمناسبتها أو في مؤسّسة عسكريّة, وقد تكون جرائم واقعة من مدنيّ داخل المؤسّسة العسكريّة فتختصّ بها المحكمة العسكريّة.

– **الاختصاص النّوعيّ لمحكمة الجنايات:** تعدّ محكمة الجنايات جهة قضائيّة جزائيّة متخصّصة, وتختصّ بالفصل في الأفعال الموصوفة بكونها جناية, وكذلك الجنح والمخالفات المرتبطة بها وكذا الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابيّة أو تخريبيّة والمحالة بقرار نهائيّ من غرفة الاتّهام (المادّة 248 قانون الإجراءات الجزائيّة).

(1) انظر: بوبشير محنّد أمقران، **النّظام القضائيّ الجزائريّ**، ص245.

المطلب الثّاني: أثر مراعاة الحكم القضائيّ للاختصاص على حيازته للحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الأصل أن تنظر مختلف الجهات القضائيّة في حدود التخصّص المحدّد لها ضمن التّولية أو النّصوص المنظّمة لعملها، ولهذا فقد عرضت لما يترتّب عن مخالفتها لهذا الاختصاص فيما يتعلّق بحيازة الحكم للحجيّة، وقد تناولت هذا المطلب في فرعين على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: أثر مراعاة الحكم القضائيّ للاختصاص على حيازته للحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

الفرع الثّاني: أثر مراعاة الحكم القضائيّ للاختصاص على حيازته للحجيّة في القانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: أثر مراعاة الحكم القضائيّ للاختصاص على حيازته للحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

تعدّدت الاختصاصات في فقه الشّريعة الإسلاميّة باعتبارات مختلفة بناء على أنّ القضاء كغيره من الولايات يتحدّد بما في عقد التّولية من قيود، قال ابن تيمية: "عموم الولايات وخصوصها وما يستفيده المتولّي بالولاية يُتلقّى من الألفاظ والأحوال والعرف، وليس لذلك حدّ في الشّرع فقد يدخل في ولاية القضاء في بعض الأمكنة والأزمنة ما يدخل في ولاية الحرب في مكان وزمان آخر وبالعكس، وكذلك الحسبة وولاية المال"[1].

ولهذا فقد عرف الفقه الإسلاميّ اختصاصات مختلفة باعتبارت عدّة، فهناك الاختصاص الولائيّ (الوظيفيّ) والّذي تتميّز فيه جهة القضاء العاديّ عن جهة قضاء المظالم وقضاء الحسبة، وهناك الاختصاص النّوعيّ والمحليّ والقيميّ والزّمانيّ والاختصاص بخصومة معيّنة، وهي كما سمّاها الفقهاء الولايات الجزئيّة المستفادة من القضاء أو شُعب القضاء[2].

وما يهمّني هنا هو بيان ارتباط هذا التّخصيص لنظر المحكمة أو الجهة القضائيّة بمسألة حيازة الحكم للحجيّة، وقد سبقت الإشارة إلى أنّ فقهاء الإسلام يعبّرون عن حجيّة الأحكام بصحّتها ونفاذها.

فيكون بيان أثر مراعاة الحكم القضائيّ للاختصاص على حيازته للحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة ببيان أنّ الأحكام القضائيّة لهذه الجهات لا تكون صحيحة ولا نافذة إلاّ إذا التزمت حدود اختصاصها.

---

(1) **الحسبة في الإسلام**، ص8؛ (انظر أيضا: ابن القيّم، **الطّرق الحكميّة**...ص304).

(2) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص17؛ الطرابلسيّ، **معين الحكّام**...ص12.

وقد تضافرت عبارات الفقهاء في أنّ الأحكام القضائيّة لا تنفذ ولا تصحّ إلاّ إذا التزمت حدود الاختصاص المتضمّن في التّولية، فقد ورد بعضها عامّا لكلّ الاختصاصات وورد البعض الآخر خاصّا لبعض منها تحديدا.

فمن العبارات العامّة قول الماوردي عن القاضي: "إن كانت ولايته خاصّة فهي منعقدة على خصوصها ومقصورة النّظر على ما تضمنته"[1]، وقال الفرّاء: "إن كانت ولايته خاصّة فهي مقصورة النّظر على ما تضمّنته"[2].

إذ لا يملك القاضي ولاية قضائيّة خارج النّطاق المحدّد له، فإن تعدّاه فإنّ حكمه لا ينفذ[3]، قال الشّيرازي[4]: "ولا يجوز أن يقضي القاضي، ولا يولّي ولا يسمع البيّنة، ولا يكاتب قاضيا في حكم في غير عمله، فإن فعل شيئا من ذلك في غير عمله، لم يعتدّ به. لأنّه لا ولاية له في غير عمله"[5].

كما صرّح القرافي بعدم نفاذ حكمه حال تعدّيه حدود اختصاصه المحدّد بعقد التّولية حيث قال: "القضاء من القاضي بغير عمله لا تتناوله الولاية، لأنّ صحّة التصرّف إنّما يستفاد من عقد الولاية، وعقد الولاية إنّما يتناول منصبا معيّنا وبلدا معيّنا، فكان معزولا عمّا عداه، لا ينفذ فيه حكمه، وقاله (أبو حنيفة)[6] و(الشّافعيّ[7]) وأحمد بن حنبل، وما علمت فيه خلافا"[8].

---

(1) الأحكام السلطانيّة...ص140.

(2) الأحكام السلطانيّة، ص68.

(3) انظر: حاشية الدّسوقي، ج4ص164؛ الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4ص184؛ ابن أبي الدّم، **أدب القضاء**، ص57؛ ابن قدامة، **المغني**، ج11ص481؛ الطرابلسيّ، **معين الحكّام**...ص13.

(4) هو إبراهيم بن عليّ بن يوسف الفيروزآباديّ أبو إسحاق جمال الدّين الشّافعيّ، ولد سنة 393 هجريّة، جمع بين سعة العلم وشدّة الورع وكثرة التّصنيف، توفّي سنة 476 هجريّة، من مؤلّفاته "التّنبيه" و"اللّمع" و"طبقات الفقهاء" (انظر: ابن العماد، **شذرات الذّهب**... ج3 ص349).

(5) المهذّب...ج2ص309.

(6) هو النّعمان بن ثابت بن زوطة بن ماه، مولى لتيم الله بن ثعلبة، ولد سنة 80 هجريّة، أحد الأئمة الأربعة، عرف بشدّة الورع، توفّي ببغداد سنة 150 هجريّة (انظر: الذّهبيّ، **تذكرة الحفّاظ**، ج1ص168؛ الشّيرازيّ، **طبقات الفقهاء**، ص86)

(7) هو أبو عبد الله محمّد بن إدريس بن عثمان بن نافع بن السّائب بن عبيد بن عبد يزيد بن هاشم بن عبد المطلب، ولد سنة 150 هجريّة، أخذ العلم عن الإمام مالك، وسفيان بن عيينة، وهو سيّد الشّافعيّة، وإمام مذهبهم، توفّي سنة 205 هجريّة، من مؤلّفاته "الأمّ" و"الرّسالة" (انظر: الشّيرازي، نفسه، ص71)

(8) الفروق، ج4ص78.

ومن العبارات الخاصّة حول عدم صحّة الأحكام وعدم نفاذها حال مخالفتها أحد أنواع الاختصاصات أو بعضها قول الشّربيني: "فإن كان [أي القاضي] في غير محلّ ولايته فكمعزول في أنّه لا ينفذ حكمه لعدم قدرته على الإنشاء"[1]، وقول ابن أبي الدّم الشّافعي في توزيع القضاء بين اثنين: "هو جائز إن عيّن [أي المولّي] لكلّ واحد منهما عملا مستقلا من البلد منفردا به كجانب مخصوص من جانبي بغداد، أو محلّة مخصوصة أو صقع مخصوص، فيختصّ كلّ واحد منهما بالموضع الّذي فُوّض إليه، فمتى خرج منه إلى محلّة فوّضت إلى غيره لم ينفذ حكمه فيها، ويصير ذلك كبلدين فوّض كلّ بلد منهما إلى حاكم...وهكذا لو فوّض إلى واحد منهما الحكم بين الرّجال دون النّساء وبالعكس، تقيّد بما خصّ به، ولا ينفذ حكمه إذا تعدّاه إلى غيره"[2].

فقد دلّت عباراته على عدم نفاذ حكم القاضي خارج اختصاصه المحليّ، وقد أشار إلى أنّ أساس ذلك هو عدم شمول ولايته لغيره من الأمكنة، بل هو خارج حدود اختصاصه المكانيّ يعتبر معزولا عن نظر القضاء فيه، وكان قضاؤه باطلا، لأنّ القضاء استنابة والنائب لا يتعدّى إلى ما لا يستناب فيه[3]، وهو نفس ما ينطبق على ما تضمّنته العبارة من تخصيص بنوع كالقضاء بين الرّجال فقط، أو النّساء فقط بحيث لا ينفذ حكمه في غيره.

بل إنّ القاضي لو قُيّد بخصومة معيّنة لم ينفذ حكمه في غيرها، قال الماوردي: "ويجوز أن تكون ولاية القاضي مقصورة على حكومة معيّنة بين خصمين فلا يجوز أن ينفذ النّظر بينهما إلى غيرهما من الخصوم، وتكون ولايته على النّظر باقية ما كان التّشاجر بينهما باقيا، فإذا بتّ الحكم بينهما زالت ولايته، وإن تجدّدت بينهما مشاجرة أخرى لم ينظر بينهما إلاّ بإذن مستجدّ"[4].

وكذلك فإنّ تخصيص القضاء بنصاب أو مقدار معيّن من المال يترتّب عليه ضرورة تقيّده بهذا المقدار بحيث أنّه لو تجاوزه فإنّ قضاءه لا ينفذ[5]، قال ابن قدامة: "يجوز أن يجعل [أي المولّي] حكمه [أي القاضي] في مقدار من المال نحو أن يقول: احكم في المائة فما دونها، فلا ينفذ حكمه في أكثر منها"[6].

---

(1) مغني المحتاج...ج4ص384.

(2) أدب القضاء، ص57.

(3) انظر: القرافي، نفسه؛ الماوردي، **الأحكام السلطانيّة**...ص140؛ الشّيرازي، **المهذّب**...ج2ص292؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3ص462؛ الطرابلسيّ، **معين الحكّام**...ص13.

(4) نفسه (انظر أيضا: الفرّاء، **الأحكام السلطانيّة**، ص69).

(5) انظر: الفرّاء، نفسه، ص68.

(6) المغني، ج9ص105؛ (انظر أيضا: الفرّاء، نفسه).

كما أنّ تخصيص القضاء بزمن معيّن يترتّب عنه ضرورة تقيّده بهذا الزّمن بحيث لا ينفذ خارجه[1]، وكذلك من خُصّص قضاؤه بالأشخاص فإنّه يقيّد القاضي بالقضاء بينهم دون غيرهم، ولا ينفذ حكمه ولا يصحّ إلاّ على من خصّصت بهم ولايته[2].

وممّا تقدّم يتبيّن أنّ الأحكام القضائيّة لا تكون نافذة ولا صحيحة إلاّ إذا صدرت وفق الاختصاص المحدّد في عقد التّولية، وبتعبير آخر فإنّ هذه الأحكام لا تحوز الحجيّة المانعة من إعادة نظر الدّعوى الموجبة للتّسليم إلاّ إذا وافقت الاختصاص المحدّد للجهة القضائيّة.

الفرع الثّاني: أثر مراعاة الحكم القضائيّ للاختصاص على حيازته للحجيّة في القانون الوضعيّ.

الأصل أن يقتضي تحديد اختصاص القضاء سواء من حيث ولاية القضاء أو من حيث اختصاص المحكمة ولائيّا أم نوعيّا أم محليّا أم قيميّا ضرورة التزام القضاء عموما وكذا جهاته ومحاكمه حدود هذا الاختصاص، بحيث يترتّب عن عدم التزامها جزاء يلحق بما يصدر عنها من أحكام، ويعتبر عدم حيازتها الحجيّة أظهر صور هذا الجزاء بحيث لا يمنع من إعادة طرح الدّعوى ونظرها، ويمنع في المقابل من رفع دعوى جديدة مؤسّسة على ما سبق الفصل به خارج حدود الاختصاص، وكذا يمنح للمدّعي الّذي تُدفع دعواه بسبق الفصل أن يدفع بعدم حجيّة الحكم الصّادر خارج حدود الاختصاص، وبالتّالي يكون دفع المدّعى عليه غير جدير بالاعتبار.

إلاّ أنّ هذا الأصل يجد من النّاحية العمليّة اختلافا في إعمال أثر عدم مراعاة الاختصاص إمّا على اعتبار أنّ التّشريع لا يمنع من نظر النّزاع من غير المحكمة المختصّة إذا كان عرض الخصومة عليها كان باتّفاق الخصوم، أو لأنّ ترتيب أثر عدم الاختصاص متوقّف على تمسّك الخصوم بالدّفع بعدم الاختصاص أو على طعنهم في الحكم وفق طرق الطّعن القانونيّة ومواعيدها.

ويظهر جزاء عدم مراعاة الحكم القضائيّ لحدود الولاية القضائيّة واضحا في اعتبار الحكم منعدما لا يترتّب عنه أيّ أثر بما في ذلك عدم حيازته للحجيّة، ومثال ذلك الحكم الصّادر في عمل من أعمال السّيادة ، والحكم الصّادر ضدّ أجنبيّ لا يخضع للقضاء الوطنيّ، وأساس ذلك أنّ هذه الأحكام تُعتبر صادرة من غير

---

(1) ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**....ج4 ص511؛ الطّرابلسيّ، **معين الحكّام**...ص13.

(2) الماوردي، **الأحكام السلطانيّة**...ص140؛ ابن أبي الدّم، **أدب القضاء**، ص57؛ الفرّاء، **الأحكام السلطانيّة**، ص68؛ ابن الشّحنة، **لسان الحكّام**...ص222؛ الطّرابلسيّ، نفسه.

قاض، إذ لا يعتبر الشّخص قاضيا إلاّ إذا عمل في حدود ولايته القضائيّة، وبالتّالي فإنّ الحكم الصّادر خارج هذه الحدود يكون منعدما لا يحوز الحجيّة[1].

ويُطرح الإشكال حال مخالفة أحد الاختصاصات المذكورة أعلاه من حيث حيازة الحكم للحجيّة، وسأحاول عرض ذلك في النّقاط التّالية:

أوّلا: أثر مراعاة الحكم القضائيّ للاختصاص الولائيّ على حيازة الحجيّة. اعتمد المشرّع الجزائريّ مبدأ ازدواجيّة الجهة القضائيّة على غرار المشرّع المصري والفرنسيّ، حيث فصل جهة القضاء الإداريّ عن القضاء العاديّ، فتوزّعت ولاية القضاء على أكثر من جهة قضائيّة تتمتّع باستقلال في مواجهة بعضها البعض، واقتصرت كلّ جهة في ممارسة نشاطها على القدر الّذي صار إليها من ولاية القضاء[2].

لأجل ذلك كان الحكم الصّادر من جهة قضائيّة خارج اختصاصها الولائيّ معيبا، واختُلف حول تكييف هذا العيب وتحديد أثره بالنّسبة للعمل القضائيّ.

فيذهب اتّجاه إلى أنّ هذا العيب لا يؤثّر على وجود العمل وإن كان يؤثّر في صحّته، ويتيح الطّعن ضمن الطّرق والمواعيد المحدّدة قانونا على اعتبار أنّ القاضي إذا أصدر حكما خارج اختصاصه ولكنّ في حدود ولايته القضائيّة فإنّه يكون صادرا من قاض ذي ولاية, وبالتّالي مستحقّا لحيازة الحجيّة, وعليه فإنّه إذا استُنفذت هذه الطّرق تحصّن الحكم نهائيّا[3].

فالمسألة لا تعدو أن تكون مسألة اختصاص وليست مسألة ولاية، وهو ما يدلّ عليه اسمها (الاختصاص الولائيّ أو الاختصاص الوظيفيّ)، ومخالفة الاختصاص لا تؤدّي إلى انعدام الحكم وإنّما إلى مجرّد بطلانه, وهو ما يعني بقاء الحكم قائما مستأهلا لحيازة الحجيّة[4].

ويجد هذا الطّرح المحضن الخصب في تبعيّة الجهات القضائيّة لسيادة واحدة, إذ أنّ وحدة السّيادة تفرض مبدأ وحدة الولاية وهو ما يترتّب عنه التّسليم بحجيّة الحكم الصّادر بالمخالفة للاختصاص الولائيّ.

---

(1) انظر: أحمد مليجي، **تحديد نطاق الولاية القضائيّة**...ص448-449؛ أحمد ماهر زغلول، **أعمال القاضي**...ص285-286؛ فتحي والي، **الوسيط**...ص734.

(2) انظر: أحمد ماهر زغلول،نفسه، ص287. لا يطرح مشكل مراعاة الاختصاص الولائيّ بالنّسبة للأنظمة الّتي تأخذ بمبدأ وحدة القضاء كما كان سائدا في النّظام القضائيّ في الجزائر قبل سنة 1998م، وهذا لعدم وجود أكثر من جهة قضائيّة.

(3) انظر: أحمد مليجي، نفسه، ص448؛ أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص324_325.

(4) أحمد ماهر زغلول، نفسه، ص289.

بينما يذهب اتّجاه آخر إلى أنّ هذا العيب يؤثّر على وجود العمل, وبالتّالي فإنّه لا ينفعه صدوره من قاض أو استنفاد طرق الطّعن فيه.

ويرفض هذا الاتّجاه فكرة تبعيّة الجهات القضائيّة لسيادة واحدة، لأنّ وحدة السّيادة تنحصر في الدّولة وحدها, أمّا الولاية القضائيّة فهي صلاحيّة الشّخص لممارسة أعمال الوظيفة القضائيّة، وبالتّالي فإنّ تقييد هذه الولاية يعني نفي صلاحيّة صاحبها خارج حدودها، كما أنّ تعدّد الجهات القضائيّة لا تعني مسألة اختصاص فقط وإلاّ عدّ الاختصاص النّوعيّ اختصاصا ولائيّا, ولكنّها تستند إلى اعتبارات تتعلّق بكون الإدارة طرفا في المنازعة, ولأنّها تمارس أيضا وظيفة استشاريّة جنبا إلى جنب مع وظيفتها القضائيّة[1].

وينتهي هذا الاتّجاه بتقرير أنّ الحكم يحوز حجيّة أمام جميع المحاكم الّتي تتبع الجهة القضائيّة التّابعة لها المحكمة الّتي أصدرت الحكم, ولكن لا حجيّة له أمام محاكم الجهة صاحبة الولاية بحيث يجوز لها إصدار حكم جديد دون اعتبار للحكم الصّادر[2]، وإذا أصدرت الجهة صاحبة الاختصاص حكما فإنّه لا يهدر حجيّة الحكم الّذي صدر سابقا أمام محاكم الجهة الّتي أصدرته وإنّما يعني أن تكون المسألة أمام حال تنازع في الاختصاص[3].

ويبدو أنّ الاتّجاه الثّاني أوفق في إصابة الحقيقة من جوانب أهمّها:

1. أنّ تبني التّشريع لفصل جهة القضاء الإداريّ عن القضاء العاديّ لم يكن لمجرّد توزيع الاختصاص وإلاّ لفعل ذلك مع سائر الاختصاصات بأن يعهد بها إلى جهة مستقلّة، وإنّما كان لخصوصيّة القضاء الإداري نظرا لكون الإدارة طرفا في النّزاع أمامه، وبالتّالي فقد قصد الفصل بينهما بشكل يحتفظ كلّ قضاء بكيانه بما في ذلك حقّه في ممارسة إصداره للأحكام ضمن حدود اختصاصه الولائيّ دون أن يكون للجهة الأخرى تأثير في نظره للدّعوى.

---

(1) انظر: أحمد ماهر زغلول، **أعمال القاضي**...ص 279_299.

(2) انظر: فتحي والي، **الوسيط**...ص734؛ أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص325؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**... ص160_161. وقد قضت محكمة النّقض المصريّة بأنّ "الحكم الصّادر من جهة قضاء خارج حدود ولايتها يكون معدوم الحجيّة أمام الجهة صاحبة الولاية في النّزاع، ويحقّ لهذه الجهة إذا ما رُفع النّزاع إليها أن تنظره وكأنّه لم يسبق عرضه على الجهة الأولى" (طعن رقم 36، سنة 35ق، بتاريخ 1984/11/27، ص1930) (نقلا عن سعيد أحمد شعله، **قضاء النّقض المدنيّ في حجيّة الأحكام**، ص79).

(3) تنصّ المادّة 4/152 من الدّستور 1996 على أنّه "تؤسّس محكمة تنازع تتولّى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدّولة"، كما نصّت المادّة 03 من القانون رقم 98_03 على أنّه "يكون تنازعا في الاختصاص عندما تقضي جهتان قضائيّتان أحدهما خاضعة للنّظام القضائيّ العاديّ والأخرى خاضعة للنّظام القضائيّ الإداريّ اختصاصها للفصل في نفس النّزاع"

2. أنّ القول بحجيّة الأحكام القضائيّة الصّادرة مخالفة لقواعد الاختصاص الولائيّ بصورة مطلقة في مواجهة الجهة القضائيّة المختصّة تدعو إلى التساؤل حول مبرّر فصل هاتين الجهتين، وهي معارضة لما نصّت عليه المادّة 152 من دستور 1996 من استئثار مجلس الدّولة والجهات القضائيّة الإداريّة بالفصل في المنازعات الإداريّة.

وممّا تقدّم فإنّه يمكن الخلوص إلى أنّ مراعاة الاختصاص الولائيّ يؤثّر على الحكم من حيث حيازته للحجيّة، بحيث يجعل حجيّته مطلقة أمام الجهة القضائيّة صاحبة الاختصاص الولائيّ وغيرها من الجهات ما دام صادرا من الجهة القضائيّة صاحبة الاختصاص الولائيّ بنظر المسألة المحكوم فيها، وعلى العكس من ذلك فإنّ حجيّته تكون قاصرة على الجهة مصدرة الحكم وما يتبعها من محاكم، ولا يحوز حجيّة أمام الجهة صاحبة الولاية إذا كان صادرا من جهة غير مختصّة ولائيّة بنظر النّزاع، بحيث لا يمنع هذا الحكم الجهة صاحبة الولاية من نظر النّزاع وإصدار الحكم القضائيّ بشأنه.

ثانيا: أثر مراعاة الحكم القضائيّ للاختصاص النّوعيّ على حيازة الحجيّة. يتحدّد الاختصاص النّوعيّ بما للمحكمة من ولاية القضاء ضمن جهتها القضائيّة حسب نوع القضيّة، ويُتصوّر عدم مراعاة الحكم القضائيّ للاختصاص النّوعيّ ضمن جهة القضاء العاديّ بأن تتصدّى محكمة ابتدائيّة للفصل في قضيّة رغم أنّ الاختصاص يؤول إلى المحكمة المنعقدة بمقرّ المجلس القضائيّ، أو أن يتصدّى المجلس القضائيّ للفصل في قضيّة رغم أنّ الاختصاص يؤول إلى المحكمة العليا. كما يُتصوّر عدم مراعاة الحكم القضائيّ للاختصاص النّوعيّ ضمن جهة القضاء الإداريّ بأن تتصدّى المحكمة الإداريّة للفصل في قضيّة رغم أنّ الاختصاص يؤول إلى مجلس الدّولة.

ولا يُتصوّر مخالفة الاختصاص النّوعيّ بمجرّد صدور الحكم القضائيّ عن قسم في المحكمة رغم اختصاص قسم آخر به، إذ لا يُعتبر تقسيما نوعيّا للاختصاص. ولهذا قضت المحكمة العليا بأنّه "متى كان مقرّرا أنّ المحاكم هي الجهات القضائيّة الخاصّة بالقانون العامّ، وهي تفصل في جميع القضايا المدنيّة والتّجاريّة أو دعاوى الشّركات الّتي تختصّ بها محليّا، فإنّ إنشاء بعض الفروع لدى المحاكم لا يعدّ اختصاصا نوعيّا لهذه الفروع، بل هو تنظيم إداريّ بحت، ومن ثمّ فإنّ النّعي على القرار بخرق قواعد الاختصاص النّوعيّ غير سليم يتعيّن رفضه"[1]، وهو اجتهاد وجيه على اعتبار أنّ الاختصاص النّوعيّ ينعقد للمحكمة جملة بغضّ النّظر عمّا تتضمّنه من تقسيم وتفريع.

---

(1) نقض مدنيّ بتاريخ 19-12-1989 (**المجلّة القضائيّة**، 1990م، عدد04، ص108).

ومع هذا فإنّه في حالة مخالفة الحكم القضائيّ للاختصاص النّوعيّ وفق الحالات المذكورة سابقا فإنّ ذلك لا يمنع من حيازة الحكم للحجيّة في مواجهة المحكمة أو الدّرجة صاحبة الاختصاص، وإذا استنفد الحكم طرق الطّعن المقرّرة قانونا فإنّ ذلك يمنع من إعادة طرح موضوع النّزاع أمامها[1].

ورغم أنّ عدم اختصاص المحكمة بسبب نوع الدّعوى يعتبر من النّظام العامّ وفق نصّ المادّة 1/93[2] من قانون الإجراءات المدنيّة فهو إنّما يمنح للمحكمة حقّ إثارته من تلقاء نفسها وفي أيّ حالة كانت عليها الدّعوى كما دلّت عليه نفس المادّة، وهو ما يمنح الخصوم إثارة عدم الاختصاص النّوعيّ كذلك فإنّ ذلك لا يمنع من حيازة الحكم القضائيّ للحجيّة ولو بالمخالفة لقواعد الاختصاص النّوعيّ.

وكذلك في المادّة الجزائيّة، فإنّ القانون قد حدّد الاختصاص النّوعيّ للمحاكم الابتدائيّة بنظر المخالفات والجنح الّتي يرتكبها البالغون، وكذلك الجرائم الّتي يرتكبها الأحداث أقلّ من 18 سنة الموصوفة بكونها مخالفة أو جنحة (الموادّ 1/446-1/451 قانون الإجراءات الجزائيّة)، بينما خصّ قسم الأحداث الموجود بمقرّ المجلس بنظر الجنايات الّتي يرتكبها الأحداث (المادّة 2/451 قانون الإجراءات الجزائيّة) ما لم تكن موصوفة بأفعال إرهابيّة أو تخريبيّة, وارتكبها الحدث البالغ أكثر من 16 سنة فإنّها تنظر أمام محكمة الجنايات للبالغين (المادّة 2/249 قانون الإجراءات الجزائيّة)، وهذا لأنّ القانون قد خصّ محكمة الجنايات بالمجلس القضائيّ بنظر الأفعال الموصوفة بكونها جناية والجنح والمخالفات المرتبطة بها وكذا الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابيّة أو تخريبيّة (المادّة 248 قانون الإجراءات الجزائيّة).

وفي حالة مخالفة الاختصاص النّوعيّ كأن يصدر حكم من قسم الجنح والمخالفات ومع كون الجريمة تشكّل جناية، فإنّ هذا الحكم يحوز حجيّة الشّيء المقضيّ به متى أصبح نهائيّا، على اعتبار أنّ حيازة الحكم الجنائيّ لقوّة الشّيء المقضيّ تكون سببا لانقضاء الدّعوى العموميّة، إذ نصّت المادّة 06 من قانون الإجراءات الجزائيّة على أنّه "تنقضي الدّعوى العموميّة الرّامية إلى تطبيق العقوبة بوفاة المتّهم, العقوبة وبالتّقادم وبالعفو الشّامل وبإلغاء قانون العقوبات وبصدور حكم حائز لقوّة الشّيء المقضيّ"، ولأنّه لا يجوز إعادة تكييف الوقائع الّتي صدر بشأنها حكم إلى جناية بعد أن كيّفت على أنّها جنحة، وهو ما نصّت عليه المادّة 2/311 على أنّه "لا يجوز أن يعاد أخذ شخص قد برئ قانونا أو اتّهامه بسبب الوقائع نفسها حتّى ولو صيغت بتكييف مختلف".

---

(1) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص325؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص161.

(2) تنصّ المادّة 36 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على أنّ "عدم الاختصاص النّوعيّ من النّظام العامّ، تقضي به الجهة القضائيّة تلقائيّا في أيّ مرحلة كانت عليها الدّعوى"

أمّا إذا قضت محكمة الجنايات في مخالفة أو جنحة، فإنّ مشكلة تجاوز الاختصاص النّوعيّ لا تُطرح أصلا، وهذا لأنّها صاحبة الولاية العامّة في القضايا الجزائيّة حيث تنصّ المادّة 1/249 قانون الإجراءات الجزائيّة على أنّه "لمحكمة الجنايات كامل الولاية في الحكم جزائيّا على الأشخاص البالغين".

كما نصّت المادّة 251 من قانون الإجراءات الجزائيّة على أنّه "ليس لمحكمة الجنايات أن تقرّر عدم اختصاصها"، وقد بيّن اجتهاد المحكمة العليا أنّ ما يترتّب عن مخالفة الاختصاص النّوعيّ من طرف القسم الجزائيّ للمحكمة هو إمكانيّة إثارته في أيّ حالة كانت عليه الدّعوى، وقد قضت المحكمة العليا بأنّه "من المستقرّ قضاء أنّ محكمة الجنايات لها كامل الولاية في الحكم جزائيّا على الأشخاص البالغين سنّ الرّشد الجنائيّ والمحالين إليها بقرار من غرفة الاتّهام طبقا لمقتضيات المادّة 249 إجراءات، لذلك يجب عليها أن تستنفد ولايتها بالنّسبة لجميع الأفعال المحالة إليها من طرف غرفة الاتّهام متى تبيّن لها من المرافعات أنّ هذه الوقائع تقتضي وصفا قانونيّا مخالفا لما ورد في قرار الإحالة"[1].

ثالثا: أثر مراعاة الحكم القضائيّ للاختصاص المحلّي على حيازته للحجيّة. العبرة كما سبق بيانه في تحديد الاختصاص المحلّي بالنّسبة للمادّة المدنيّة هي موطن المدّعى عليه أو محلّ إقامته كقاعدة عامّة، إلاّ أنّه لا يعتبر ذلك من النّظام العام الّذي ليس للخصوم مخالفته إذ نصّت المادّة 1/28 من قانون الإجراءات المدنيّة على أنّه "يجوز لطرفي الخصومة دائما الحضور باختيارهما أمام القاضي حتّى ولو لم يكن مختصّا محليّا بنظر الدّعوى"[2]، ويتعيّن على الخصم الّذي يتمسّك بالدّفع بعدم الاختصاص المحلّي أن يبديَه قبل سائر الدّفوع الشكليّة وقبل الدّفوع الموضوعيّة لما نصّت عليه المادّة 2/93 من قانون الإجراءات المدنيّة أنّه "...وفي جميع الحالات الأخرى يجب أن يبدى الدّفع بعد الاختصاص قبل أيّ دفع أو دفاع آخر"[3].

وبالتّالي فإنّه إذا لم يُثر الدّفع بعدم الاختصاص في وقته فإنّه يثبت للمحكمة اختصاص الفصل في النّزاع.

---

(1) قرار صادر بتاريخ 27-03-1990، الغرفة الجنائيّة الأولى، طعن رقم69013 (نقلا عن: جيلالي بغدادي، **الاجتهاد القضـــائيّ في المواد الجزائيّة**، الدّيوان الوطنيّ للأشغال التربويّة، ط1، 2002م، ج1ص36).

(2) وهو ما نصّت عليه المادّة 46 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة، إلاّ أنّها اشترطت لذلك أن يوقّع الخصوم على تصريح بطلب التّقاضي، وإلاّ فيشار إلى ذلك حال تعذّر التّوقيع.

(3) تنصّ المادّة 47 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على أنّه "يجب أن يُثار الدّفع بعدم الاختصاص الإقليميّ قبل أيّ دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول"

وفي كلّ الحالات فإنّ مخالفة الحكم المدنيّ للاختصاص المحلّي لا يحجزه عن حيازة الحجيّة أمام جميع الجهات القضائيّة بما فيها المحكمة صاحبة الاختصاص المحلّي[1].

وكذلك بالنّسبة للحكم الجنائيّ فرغم أنّ قواعد الاختصاص المحلّيّ في المادّة الجزائيّة هو من النّظام العامّ[2]، ويجوز الدّفع بانعدام الاختصاص في أيّ مرحلة كانت عليها الدّعوى، فإنّ صدور الحكم القضائيّ بالمخالفة للاختصاص المحلّي يمنع من إعادة رفع الدّعوى أمام الجهة القضائيّة صاحبة الاختصاص الأصليّ من طرف النّيابة العامّة أو من طرف المدّعي المدنيّ، ولا يكون عدم الاختصاص المحلّي مانعا من حيازة الحكم للحجيّة إذا أصبح نهائيّا[3].

---

(1) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص325؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص161.

(2) قضت المحكمة العليا ب"أنّ القواعد المتعلّقة بالاختصاص في المواد الجزائيّة هي من النّظام العامّ، ويترتّب على مخالفتها البطلان" (قرار بتاريخ 12-06-1984م، الغرفة الجنائيّة الأولى، طعن رقم 35917، نقلا عن جيلالي بغدادي، **الاجتهاد القضائيّ**...ج1ص34).

(3) عبد الحكم فوده، نفسه، ص214.

خلاصة مقارنة

ختاما للمبحث الموسوم بـــ "صدور الحكم القضائيّ في حدود اختصاص الجهة القضائيّة وأثره على الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ " فإنّه يظهر جليّا أن مواضع الاختلاف أوسع من مواضع الاتّفاق بينهما فيما يتعلّق بإعمال مراعاة هذا الاختصاص أو تخلّفه على حجيّة الحكم القضائيّ، ويمكن بيان ذلك من خلال النّقاط التّالية:

1. يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة في تحديد مفهوم الاختصاص القضائيّ على أنّه اقتصار ولاية المحكمة أو الجهة القضائيّة على جزء من ولاية القضاء دون غيره، وهذا على اعتبار أنّ التّخصيص إنّما يكون بتحديد نصيب المحكمة أو الجهة القضائيّة من ولاية القضاء بناء على معيار معيّن يتعلّق بنوع الخصومة أو مكانها وغيرها من المعايير، وهما يتّفقان في تحديد هذه المعايير بشكل عامّ متمثّلة في معيار نوع الخصومة أو محلّها أو قيمتها.

2. يختلف القانون الوضعيّ عن الشّريعة الإسلاميّة في اعتماده لمبدأ الانتفاء المطلق لولاية القضاء، فبينما لم يستثن فقه الشّريعة الإسلاميّة أيّ نوع من الأعمال للأفراد أو الهيئات من الخضوع للقضاء على اعتبار أنّ ولايته تشمل جميع الحقوق وتمتدّ إلى جميع الأشخاص في إقليم الدّولة، بحيث يخضع رئيس الدّولة وكذا رؤساء الدّول الأجنبيّة وأعضاء الهيئة التشريعيّة وغيرهم من أصحاب المناصب العليا في الدّولة لقضائها وسلطة قانونها. فإنّ القانون الوضعيّ يستثني بعض الأشخاص والأعمال من الخضوع لولاية القضاء بناء على اعتماده لمبدأ الانتفاء المطلق لولاية القضاء، وهكذا فيُخرج القانون الوضعيّ المنازعات ذات العنصر الأجنبيّ وحالات التمتّع بالحصانة القضائيّة وكذا أعمال السّيادة من طائلة القضاء وسلطانه.

3. تتنوّع الاختصاصات في فقه الشّريعة الإسلاميّة باعتبارات مختلفة، فهناك التّخصيص بالمكان والنّوع وهما أهمّها، وهناك أيضا التّخصيص بالقيمة والتّخصيص بالزّمان بحيث تنتهي ولاية القاضي بانتهاء المدّة المحدّدة، بل إنّه كما سبق بيانه يمكن تخصيص القضاء بخصومة معيّنة بحدّ ذاتها بين أطراف معينين، كما يمكن تخصيص القضاء بجنس المتقاضين كأن يفوّض إليه الحاكم الفصل في النّزاعات بين النّساء دون الرّجال، ويمكن تخصيصه بالطّارئين في البلدة دون المقيمين بها.

خلافا لذلك فإنّ الاختصاصات في القانون الوضعيّ لا تشمل أكثر من الاختصاص الولائيّ والاختصاص المحليّ والنوعيّ والقيميّ، ولا يُعدّ هذا الأخير في حقيقته إلاّ تفريعا للاختصاص النوعيّ كما سبق بيانه.

ولعلّ العلّة في ذلك أنّ القضاء في الشّريعة الإسلاميّة نيابة عن الحاكم، ولهذا جاز له أن يخصّصه بالقيد الّذي يراه مناسبا بحسب ما تقتضيه المصلحة، ولأنّ الاختصاص ينعقد في فقه الشّريعة للقاضي ابتداء بحسب عقد التولية، بينما يعتبر القضاء في القانون الوضعيّ سلطة مستقلّة عن شخص الحاكم، وهو من مهامّ الدّولة، كما أنّ الاختصاص ينعقد في القانون الوضعيّ للجهة القضائيّة أو المحكمة دون اعتبار لأشخاص القضاة.

وهذه المسألة لا تمثّل اختلافا حقيقيّا بين الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ على اعتبار أنّ عقد الاختصاص لشخص القاضي وتنوّع الاختصاصات جرّاء ذلك هو مسألة تنظيم أملته ظروف وأسباب تاريخيّة كانت تتّسم ببساطة الحياة الاجتماعيّة وقلّة المنازعات، خاصّة وأنّ تصرّف الحكّام منوط بمصلحة الرعيّة، ولهذا فإنّه من الواجب في ظلّ المجتمعات المعاصرة وتعقّد العلاقات فيها أن يتّجه فقه الشّريعة إلى ضرورة مبدأ عقد الاختصاص للجهة القضائيّة والمحاكم كقاعدة عامّة، وليس في ذلك مخالفة لأحكام الشّريعة، بل تحقيق لمصلحة الرعيّة وتنظيم القضاء.

4. يختلف القانون الوضعيّ عن الشّريعة الإسلاميّة في تحديد أثر مراعاة الاختصاص القضائيّ على حجيّة الأحكام، فبينما تتّفق عبارات الفقهاء وتتضافر على أنّ عدم مراعاة الاختصاص القضائيّ المحدّد في عقد التّولية للقاضي يمنع الأحكام الصّادرة عن نفاذها وحيازتها للحجيّة بغضّ النّظر عن نوع الاختصاص، فإنّ القانون الوضعيّ لا يرتّب عن مخالفة الاختصاص القضائيّ انعدام الأحكام وعدم حيازتها للحجيّة بشكل مطلق، إمّا على اعتبار أنّ التشريع لا يمنع من نظر النّزاع من غير المحكمة المختصّة إذا كان عرض الخصومة باتّفاق الخصوم، أو لأنّ ترتيب أثر عدم الاختصاص متوقّف على تمسّك الخصوم بالدّفع بعدم الاختصاص أو على طعنهم في الحكم وفق طرق الطّعن القانونيّة ومواعيدها.

وباستثناء حالة مخالفة حدود الولاية القضائيّة المتمثّلة في الحكم الصّادر في عمل من أعمال السّيادة والحكم الصّادر ضدّ أجنبيّ لا يخضع للقضاء الأجنبيّ، والّتي يعتبرها القانون أحكاما معدومة غير حائزة للحجيّة لصدورها من غير قاض، فإنّ مخالفة الحكم القضائيّ للاختصاص الولائيّ لا يمنع من حيازته للحجيّة، وإنّما يؤثّر عليه بحيث يجعله حائزا لحجيّة قاصرة على الجهة مصدرة الحكم وما يتبعها من محاكم، بينما لا يحوز حجيّة أمام الجهة القضائيّة صاحبة الولاية بحيث لا يمنع هذه الأخيرة من نظر النّزاع وإصدار الحكم القضائيّ بشأنه.

وتظهر مخالفة الاختصاص النّوعيّ أو المحليّ أقلّ تأثيرا، حيث أنّ مخالفة الحكم القضائيّ لهذين النّوعين من الاختصاص لا يمنع الحكم من حيازة الحجيّة في مواجهة المحكمة أو الدّرجة صاحبة الاختصاص، بحيث أنّ استنفاد الحكم طرق الطّعن المقرّرة يمنع من إعادة طرح موضوع النّزاع أمامها، بل إنّ عدم إثارة الدّفع بعدم الاختصاص المحليّ في وقته يُثبت للمحكمة اختصاص الفصل في النّزاع في المسائل المدنيّة.

وممّا تقدّم يتبيّن أنّ الشّريعة الإسلاميّة جعلت مراعاة الاختصاص أيّا كان نوعه معيارا لحيازة الأحكام للحجيّة ورتّبت على مخالفته حرمانها من الحجيّة والنّفاذ، بينما لم يجعله القانون الوضعيّ معيارا لحيازة الأحكام للحجيّة رغم تطلّبها إيّاه.

المبحث الثّالث: فصل الحكم القضائيّ في موضوع النّزاع وأثره على الحجّية في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

لّما كانت ثمرة القضاء هو الحكم القضائيّ، وكان الهدف الأساسيّ لهذا الأخير هو الفصل في الموضوع المعروض للقضاء، وكان ما عدا ذلك من وسائل بلوغ هذا الهدف ليست مقصودة لذاتها، بل لغاية حسم النّزاع والبتّ فيه، فقد نتج عن ذلك جميعا تأهّل الحكم القضائيّ المشغول بالفصل في الموضوع المطروح للقضاء لحيازة الحجيّة، وقَصُر ما دونه عن ذلك.

وهو ما يدعوني إلى بحث هذا الشّرط، وهو كون الحكم القضائيّ فاصلا في الموضوع في ظلّ القانون الوضعيّ والشّريعة الإسلاميّة، وهذا ببيان مفهوم الأحكام الفاصلة في الموضوع، وأنواع الأحكام باعتبار هذا المعيار، وعلاقة فصلها في الموضوع بحجيّتها وجودا وعدما، وذلك من خلال مطالب ثلاثة هي:

المطلب الأوّل: مفهوم الحكم القضائيّ الفاصل في موضوع النّزاع في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الثّاني: أثر فصل الحكم القضائيّ في موضوع النّزاع على حيازته للحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الأوّل: مفهوم الحكم القضائيّ الفاصل في موضوع النّزاع في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

وظيفة الحكم القضائيّ أساسا هي الفصل في الموضوع، إلاّ أنّ القضاء يباشر أيضا إصدار أحكام قضائيّة غير فاصلة في الموضوع باعتبار نظره في الدّعوى جملة (شكلا وموضوعا)، وهو ما يقتضي تمييز ما كان منها فاصلا في الموضوع عن غيرها، ولهذا سأعرض لهذا المطلب في فرعين على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: مفهوم الحكم القضائيّ الفاصل في موضوع النّزاع في الشّريعة الإسلاميّة وصوره.

الفرع الثّاني: مفهوم الحكم القضائيّ الفاصل في موضوع النّزاع في القانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: مفهوم الحكم القضائيّ الفاصل في موضوع النّزاع وصوره في الشّريعة الإسلاميّة.

اهتمّ فقهاء الشّريعة ببيان ما يعتبر فاصلا في الموضوع من الأحكام القضائيّة، وشُغلوا ببيان صوره وتمييزه عمّا لا يعدّ كذلك، ولهذا سأحاول في هذا الفرع بيانه من خلال مايلي:

أوّلا: مفهوم الحكم القضائيّ الفاصل في الموضوع في الشّريعة الإسلاميّة.

يُقصد بالحكم القضائيّ الفاصل في الموضوع في فقه الشّريعة الإسلاميّة الحكم الفاصل في النّزاع، أو في الحقوق المتنازع فيها، وهو ما يمكن أن نستشفّه من تتبّع النّصوص وعبارات الفقهاء، والحقيقة أنّ التّقييدات الواردة في تعريف فقهاء الإسلام للحكم القضائيّ عموما تجعلني أجزم أنّ ما سبق ذكره من تعريفات للحكم القضائيّ مقتصرة على الحكم القضائيّ الفاصل في الموضوع، بحيث لا يمكن اعتبار الأحكام الإجرائيّة أحكاما قضائيّة في اصطلاح فقه القضاء الشّرعيّ.

من ذلك تعريف القرافي الحكم القضائيّ بأنّه :"إنشاء إطلاق وإلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع فيه النّزاع لمصالح الدّنيا"[1]، فإنّه قصر الحكم القضائيّ على ما يكون فيه إلزام بحقّ، أو إطلاق وإذن بفعل معيّن، وكلاهما إنّما يرتبط بالفصل في محلّ النّزاع وإجابة طلبات الخصوم، قبولا أو رفضا، كليّا أو جزئيّا.

وكذا ما ذكره بعض المحدثين من أنّ الحكم القضائيّ هو فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام[2]، فإنّ هذه التّعريفات للحكم القضائيّ تنصبّ على معناه الأخصّ

---

(1) الإحكام... ص2، وقد سبق شرحه في البحث في ص 13-14.

(2) انظر: محمّد نعيم ياسين، **نظريّة الدّعوى في الشّريعة الإسلاميّة**، ج2ص203؛ محمّد الزّحيلي، **التنظيم القضائيّ في الفقه الإسلاميّ**، ص461؛ وهبة الزّحيلي، **الفقه الإسلاميّ وأدلّته**، ج8ص785.

المتعلّق بفصل الخصومة، ولا يكون فاصلا للخصومة إلاّ إذا كان فاصلا في الموضوع، لأنّ الأحكام الإجرائيّة وإن كانت تفيد في نظر الدّعوى أيّما إفادة، إلاّ أنّها تظلّ وسائل لبلوغ الحكم الموضوعيّ.

وقد سبق أن أشرت في تعريف القضاء على اعتباره وظيفة أنّ ما يُذكر من تعريفات للقضاء كقولهم: "فصل الخصومات وقطع المنازعات"[1]، أو تعريف المالكيّة بأنّه "الإخبار عن حكم شرعيّ على سبيل الإلزام"[2]، وكذا تعريف الشّافعيّة والحنفيّة :"فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى"[3]، وتعريف بعض الحنابلة بأنّه:"الإلزام بالحكم الشّرعيّ وفصل الخصومات"[4]

جملة هذه التّعريفات تجعل المتأمّل يميل ويرجّح أنّ السّادة الفقهاء إنّما كانوا يضعون نصب أعينهم في تعريفهم للقضاء الحكم القضائيّ الفاصل في الموضوع على وجه التّحديد دون غيره، فإنّها سواء المتعلّقة بالقضاء على اعتباره وظيفة ومهمّة الجهاز القضائيّ، أو المتعلّقة بالحكم القضائيّ على وجه الخصوص تكاد تتّفق في ترديد ما يمكن الجزم بناء عليه بأنّهم إنّما كانوا يعرّفون الحكم القضائيّ الفاصل في الموضوع للاعتبارات التّالية:

1. أنّها تنصّ صراحة على عنصر الفصل في الموضوع أو النّزاع.

2. أنّها تبيّن طبيعة الحكم المذكور من أنّه إخبار عن حكم شرعيّ، وإنّما القاضي يخبر عن الأحكام الموضوعيّة الّتي تمثّل قناعته بأنّها أحكام الشّريعة، ودوره في الأحكام الإجرائيّة أن يأمر بها للحاجة إليها لاستكمال قناعته، أو يأذن بها إذا طلبها الخصوم إن رأى جدواها في فهم الوقائع، كما أنّ ما يغلب في إطلاق الحكم الشّرعيّ – أو حكم الله تعالى– هو الحكم الموضوعيّ لا الإجرائيّ.

3. أنّها تحدّد صفتها من كونها ملزمة للخصوم، وإنّما يُتصوّر الإلزام بالأحكام الموضوعيّة، لأنّ وظيفة القاضي المشرف على الدّعوى تنتهي بإصدار الحكم، أمّا الأحكام الإجرائيّة أثناء الخصومة فهي بيد القاضي، يأمر بها أو يأذن بها، ويلحقها منه الحكم بصحّتها أو فسادها.

وقد سبق أن ذكرت في أدلّة مشروعيّة مبدأ الحجيّة حديث النبيّ ﷺ: **" لا يقضينّ أحد في قضاء بقضائين"**[5]، وإنّما يُتصوّر أن يوجد قضاء في مسألة ما متى كان الحكم فيها موضوعيّا، أي متى تعرّض القاضي

---

(1) الدّردير، **الشّرح الكبير**،ج4ص129؛ ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**...ج4ص309.

(2) الحطّاب، **مواهب الجليل**...ج6ص86؛ ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص12.

(3) الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4ص372؛ ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج5ص453.

(4) البهوتي، **كشّاف القناع**...ج6ص280.

(5) سبق تخريجه ص 55 من هذا البحث.

بالفصل في موضوع الدّعوى المعروض عليه، فيكون عندئذ للنّهي الوارد وجه، ذلك أنّ مجرّد حكم القاضي بعدم الاختصاص، أو بندب خبير وغيره من الأحكام الإجرائيّة لا يعتبر منه قضاء في المسألة المطروحة عليه.

فيكون الحديث الشّريف قد دلّ بشكل غير مباشر على أنّ الحكم الّذي نهى عن أن يَجتمع فيه قضاءان هو الحكم الموضوعيّ الّذي أطلق عليه عبارة "القضاء"، أي الفاصل في الموضوع، إذ لا يجتمع حكمان موضوعيّان متناقضان في حقّ واحد.

وقد درج الفقهاء على عدم تسمية الأحكام غير الفاصلة في الموضوع بالأحكام، وجعلوا أمارة ذلك إمكانيّة نقضها من طرف غيرهم من الحكّام، فقد عقد ابن فرحون فصلا في المواضع الّتي تصرّفات الحكّام فيها ليست بحكم[1]، وتبعه في ذلك الطّرابلسي الحنفيّ[2]، ويمكن تحديد ما ليس بحكم لكونه لم يتضمّن فصلا في النّزاع ممّا أورداه كما يلي:

- العقود كالبيع والشّراء في أموال اليتامى والغائبين والمجانين...
- إثبات الصّفات في الذّوات، نحو إثبات العدالة أو الجرح.
- ثبوت أسباب المطالبات، كثبوت قيمة المتلف في المتلفات.
- إثبات الحجج الموجبة لثبوت الأسباب الموجبة للاستحقاق، كثبوت إقامة البيّنات ممّن أقامها، وثبوت الإقرارات من الخصوم.
- تصرّفات الحكّام بتعاطي أسباب الاستخلاص ووصول الحقوق إلى مستحقّيها من الحبس والإطلاق، وأخذ الكفلاء الأملياء وأخذ الرّهون لذوي الحقوق.
- التصرّفات في أنواع الحجج، كامتناع القاضي عن سماع البيّنة إذا حلف صاحبها قبلها مع علمه بها وقدرته على إحضارها.
- إثبات الصّفات في الذوات الموجبة للتصرّف في الأموال كالتّرشيد.

فكلّ هذه التصرّفات يمكن الرّجوع عنها، ويمكن لغيره من الحكّام تغييرها والأخذ بخلافها، والعلّة في ذلك جميعا أنّها ليست أحكاما فاصلة في النّزاع المطروح، فهي إمّا تصرّفات بمقتضى السلطة الولائيّة للقاضي، وإمّا إجراءات تمهيديّة للحكم الّذي يجيب عن طلبات ودفوع الخصوم، ويعبّر عن عقيدة القاضي فيما يتعلّق بالخصومة.

---

(1) انظر: **التّبصرة**، ج1ص80-81.

(2) انظر: **معين الحكّام**...ص38-40.

ثانيا: صور الحكم القضائيّ الفاصل في الموضوع في الشّريعة الإسلاميّة.

تتنوّع تقسيمات الأحكام القضائيّة في الفقه الإسلاميّ باعتبارات مختلفة[1]، وليس المقصود هنا هو عرض هذه التقسيمات لأنّ ما يهمّ البحث هو بيان أيّ من هذه الأنواع يعتبر فاصلا في الموضوع، مستأهلا لحيازة الحجيّة.

والمتتبّع لأنواع الأحكام القضائيّة كما يذكر الفقهاء يجدهم يميّزون ما يعتبر حكما قضائيّا حائزا للحجيّة بكونه حكما لا يُنقض أو لا يُفسخ، ومعنى النّقض هنا مختلف عن معناه في القانون الوضعيّ كما سبق بيانه[2]، ولهذا فسأتعرّض بشكل مختصر إلى تحديد الأحكام القضائيّة الفاصلة في الموضوع في الفقه الإسلاميّ من خلال عرض هذه الأنواع وبيان ما يمكن أن يكون فيها من اختلاف فقهيّ حول حجيّتها إن وجد.

1. الحكم بالوجوب والتّحريم والإباحة. مصدر هذه الاصطلاحات في التّعبير عن الحكم القضائيّ هو كون القضاء كما سبق بيانه "إخبار عن حكم شرعيّ"، فيلجأ القاضي في حكمه إلى استعمال مصطلحات الحكم الشرعيّ مخبرا عنه، ومبيّنا لنوعه ضمن أنواع الحكم التّكليفي وهي[3]:

أ- الحكم بالوجوب: ومثاله حكم القاضي بوجوب تعويض قيمة المتلف.

ب- الحكم بالحرمة: ومثاله حكم القاضي بوقوع الطّلاق الثّلاث المتضمّن حرمة المطلّقة ثلاثا على مطلّقها حرمة مؤقتة.

ج- الحكم بالإباحة: ومثاله حكم القاضي بإباحة إحياء أرض زال عنها الإحياء بالتّرك والإهمال.

والملاحظ أنّ هذه الأنواع الثّلاثة تضمّنها تعريف القرافي السّابق الذّكر للحكم القضائيّ[4]إذ هي تجمع معنى الإطلاق والإلزام الواردين في تعريفه، كما يلاحظ أنّ القاضي لا يحكم بالنّدب والكراهة، لأنّ المندوب والمكروه لا يلحق بهما إلزام، وطبيعة القضاء أنّه إخبار عن حكم شرعيّ على سبيل الإلزام، والحكم بهما لا ينهي الخصومة ولا يقطع النّزاع بخلاف الإباحة، فإنّ الحكم القضائيّ بإباحة فعل ما للمقضيّ له فيه إلزام للغير بعدم التّعرض له في استيفاء المباح، كما أنّه ينهي الخصومة ويقطع النّزاع.

---

(1) راجع : عبد النّاصر موسى أبو البصل، **نظريّة الحكم القضائيّ**...، مبحث: أنواع الأحكام القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة، ص457-492.

(2) يستعمل المشتغلون بالفقه الإسلاميّ مصطلح "النّقض"بمعنى إبطال الحكم القضائيّ، بينما يصطلح المشتغلون بالقانون الوضعيّ على اعتبار " النّقض" طريقا غير اعتيادي للطّعن في الأحكام القضائيّة.

(3) انظر: القرافي، **الإحكام**...ص11، وقد اقتصر على ذكرها على اعتبار أنّه لا يعدّ حكما قضائيّا إلاّ ما كان منشئا لوضع لم يكن قبله، وبالتالي فلا يكون ذلك إلاّ بالإلزام بفعل أو المنع عنه أو الإطلاق(الإباحة) بعد الحظر.

(4) انظر : ص 14 من هذا البحث.

2. الحكم بالصحّة والفساد(البطلان). ومصدر هذه الاصطلاحات أيضا في التّعبير عن الحكم القضائيّ هو كون القضاء كما سبق ذكره "إخبار عن حكم شرعيّ"، فيلجأ القاضي في حكمه إلى استعمال مصطلحات الحكم الشّرعيّ مخبرا عنه ومبيّنا لنوعه ضمن أنواع الحكم الوضعيّ وهي[1]:

أ- الحكم بالصّحة[2]: ومثاله حكم القاضي بصحّة عقد الزّواج أو عقد البيع أو تصرّف الوكيل.

ب- الحكم بالفساد أو البطلان: ومثاله حكم القاضي بفساد عقد أو بطلانه، أو تصرّف ما.

ويعتبر الحكم بالصحّة أعلى درجات الحكم[3]، وقد أشار ابن فرحون إلى أنّ دلالة الحكم على الصّحة أو البطلان قد تكون على سبيل المطابقة أو الالتزام، وضرب لذلك أمثلة منها "إقدام الحاكم على تزويج امرأة تزوّجت زواجا يستحقّ الفسخ، فإنّ نفس العقد عليها يستلزم الحكم بفسخ نكاحها المتقدّم، ...وكذا بيع الحاكم ملك المديان، فإنّه حكم بنقل الملك عنه وخروجه من يده، لأنّ الأملاك وفسخ العقود لا شكّ أنّه حكم"[4].

فإنّ الحكم بالصّحة أو الفساد (البطلان) يقطع الخصومة والمجادلة في صحّة العقد أو التّصرف، وذلك بإظهار مطابقة ما تمّ لأحكام الشّريعة أو مخالفتها، ولمّا كان هذا الحكم إنّما يبيّن حقيقة العقد أو التّصرّف عند وقوعه لا عند إصدار الحكم فيه فإنّه يُعتبر حكما مقرّرا لا منشئا.

3. الحكم بالموجب. الموجب مأخوذ من الوجوب وهو اللّزوم، فموجب الشّيء ما يترتّب عنه من أثر.

---

(1) انظر : ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص79.

(2) يعرّف الحكم بالصّحة بأنّه " عبارة عن قضاء من له ذلك في أمر قابل لقضائه، ثبت عنده وجوده بشرائطه الممكن ثبوتها، إنّ ذلك الأمر صدر من أهله في محلّه على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعا" (ابن فرحون، نفسه، ج1ص89؛ الطّرابلسيّ، **معين الحكّام**...ص43). قولهم: "قضاء" أي الحكم القضائيّ تحرّزا عن الثّبوت وسيأتي توضيحه، أمّا "من له ذلك" فهو من يصحّ منه القضاء، وهم الحاكم (الإمام العامّ) والقضاة، ونواب الحاكم الّذين لهم إصدار الأحكام، وكذلك المحكّم، وأمّا "أمر قابل لقضائه" تحرّزا ممّا لا يدخله القضاء وإنّما تدخله الفتوى فقط كالعبادات الصّرفة، أمّا "ثبت عند وجوده بشرائطه الممكن ثبوتها" فهذه إشارة إلى ما يمكن اعتماده في الإثبات، كالبيّنة أو اليمين والإقرار وغيره، وأمّا عبارة "أنّ ذلك الأمر صدر من أهله في محلّه على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعا" فهذا بيان لما يكون في الصّحة من وصف، وهو أن يكون التّصرف من أهله وفي محلّ مقبول وبصيغة صحيحة ومعتبرة في إنشاء التّصرّف (انظر : عبد النّاصر موسى أبو البصل، **نظريّة الحكم القضائيّ**...ص484-486).

(3) انظر: الطّرابلسي، نفسه، ص44.

(4) نفسه.

وعرّف الحكم بالموجب بأنّه "قضاء المتولّي بأمر ثبت عنده بالإلزام، ممّا يترتّب على ذلك الأمر خاصّا أو عامّا على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعا"[1]، أو هو "القضاء بإلزام المدّعى عليه بالآثار المترتّبة على التّصرّف"[2].

وقد يُعبّر عن الحكم بالموجب بالحكم بالمقتضى، أي أنّ موجب العقد ومقتضاه شيء واحد، وذهب بعض المتأخّرين إلى التّفريق بينهما على اعتبار أنّ المقتضى لا ينفكّ عن العقد، بينما أنّ الموجب قد ينفكّ، فإنّ مقتضى عقد البيع انتقال ملكيّة المبيع للمشتري بعد لزومه البيع، أمّا موجبه فهو ردّ المبيع بالعيب، فإنّ المشتري قد يردّ، وقد يقبل المبيع على عيبه[3].

4. الحكم بالاستحقاق. عرّفت مجلّة الأحكام العدليّة في المادّة 1786 قضاء الاستحقاق بأنّه "إلزام القاضي المحكوم به على المحكوم عليه كقوله : حكمت، أو أعط الشيء الّذي ادّعى به عليك"، فيكون معناه أنّ القاضي قد أجاب المدّعي في طلبه بإلزام المدّعى عليه بحقّ بالقبول، فيكون حكما باستحقاق ما ورد في طلباته المتعلّقة بالحقّ المتنازع فيه.

5. الحكم بالتّرك. عرّفت مجلة الأحكام العدليّة الحكم بالتّرك في المادّة 1786 بأنّه "منع القاضي المدّعي عن المنازعة بكلام، كقوله: ليس لك حقّ، أو أنت ممنوع عن المنازعة"، حيث ينظر القاضي في الدّعوى، ويتفحّص طلبات المدّعي وما يقدّمه كدليل، ثمّ يصل إلى نتيجة مفادها عجز المدّعي عن إثبات دعواه، فيحكم عليه بأنّه ليس على حقّ فيما يدّعيه، وأنّه ممنوع من المنازعة في هذه الدّعوى.

ووجه الفرق بين الحكم بالاستحقاق والحكم بالتّرك أنّ سبب الحكم بالاستحقاق إقرار المدّعى عليه أو البيّنة أو النّكول ممّا يكون أساسا لإلزام القاضي المدّعى عليه استحقاق المدّعي ما ادّعاه، على خلاف الحكم بالتّرك فإنّ سببه هو عجز المدّعي عن الإثبات أو حلف المدّعى عليه بعد استحقاق ما ادّعاه الأوّل[4].

فيكون معنى الحكم بالتّرك هو الامتناع عن الحكم على المدّعى عليه، والحكم على المدّعي بترك المنازعة.

6. الحكم بالثّبوت. يقوم موقف القاضي من الخصومة والدّعوى المطروحة أمامه على مقدّمة طبيعيّة تتمثّل في موقفه من الأدلّة المعروضة عليه، وإعلان القاضي عقيدته تجاه هذه الأدلّة يعدّ بشكل غير

---

(1) ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص91؛ الطّرابلسيّ، **معين الحكّام**...ص44. وقد ورد عندهما أنّه يعتبر الحكم بالموجب أحطّ من الحكم بالصحّة، وذلك لأنّ الحكم بالصحّة يشترط فيه ثلاثة شروط هي: –أهليّة التصرّف –صحّة صيغته –كون التصرّف في محلّه، ولذلك يشترط فيه ثبوت الملك والحيازة، بينما يشترط في الحكم بالموجب أهليّة التصرّف وصحّة الصّيغة.

(2) حسن بن أحمد الحمّادي، **نظريّة حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة**، ص215.

(3) انظر: ابن عابدين. **حاشية ردّ المحتار**...ج5ص397-398.

(4) انظر: عبد النّاصر موسى أبو البصل، **نظريّة الحكم القضائيّ**...ص471.

مباشر إعلانا عن عقيدته في الخصومة إذا كان الحقّ إنّما يثبت بثبوت هذه الأدلّة وينتفي بانتفائها، وهو ما يصطلح عليه فقهاء الإسلام والمشتغلين بعلم القضاء بالحكم بالثّبوت، وقد عُرّف بأنّه "قيام الحجّة على ثبوت السّبب عند الحاكم"[1]، فإنّ لأحكام القاضي أسبابا، ككون عدم الوليّ في عقد الزّواج سببا للحكم بفساده، فمتى ثبت للقاضي أنّ الزّواج تمّ دون وليّ، وكان مذهبه فساد عقد الزّواج دونه فإنّه يحكم بفساده.

فيكون الثّبوت في هذا المثال بأن تقوم الحجّة بتصريح القاضي أو كتابته مثلا أنّه تقرّر لديه كون هذا الزواج تمّ دون وليّ، بأن شهدت البيّنة بذلك أو أقرّ به الخصوم، فإنّ إعلان القاضي موقفه من هذا العقد كونه تمّ بغير وليّ يعتبر مقدّمة طبيعيّة للحكم بفساده ما دام مذهبه كذلك، كما أنّ تصريح القاضي بكون الشّهود عدولا وضرورة سماعهم مقدّمة للحكم بمقتضى شهادتهم، ولهذا عُرّف الحكم بالثّبوت "حكم بتعديل البيّنة وسماعها"[2].

وقد اختلف الفقهاء في دلالة بعض الصيغ على الإلزام، ومن ذلك قول القاضي ثبت عندي وما يجري مجراه وقد أطنب الفقهاء في دلالة الثّبوت على الحكم ولعلّ موجز أقوالهم فيما يلي[3].

ذهب متقدّمو الحنفيّة إلى أنّ ثبوت حكم[4]، ومثله قول القاضي بعد قيام الدّعوى واستيفاء إجراءاتها: صحّ عندي أو ظهر عندي أو وضح عندي، جاء في لسان الحّكام "... والصّحيح أنّ قوله حكمت أو قضيت ليس بشرط، وأنّ قوله ثبت عندي كذا يكفي، وكذا إذا قال ظهر عندي أو صحّ عندي أو علمت فهذا حكم، وكذا قوله أشهد عليه يكون حكما منه"[5]. وجاء في البحر الرائق:"... قوله ثبت عندي يكفي، وكذا إذا قال ظهر عندي أو صحّ عندي أو علمت، فهذا كلّه حكم في المختار"[6]، وإلى هذا القول مال بعض المالكيّة[7] والشافعيّة[8].

---

(1) القرافي، **الإحكام**...ص37.

(2) ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص96.

(3) انظر: عبد النّاصر موسى أبو البصل، **نظريّة الحكم القضائيّ**...ص355-377.

(4) انظر: ابن الشّحنة،**لسان الحكّام**... ص221-222؛ الطّرابلسيّ، **معين الحكّام**... ص51؛ ابن قطلوبغا، **موجبات الأحكام**...ص191؛ ابن نجيم، **البحر الرائق**...ج6 ص277-278؛ ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**...ج5 ص352.

(5) ابن الشّحنة، نفسه، ص221.

(6) ابن نجيم، نفسه، ج6 ص277؛ (انظر أيضا: الطّرابلسيّ، نفسه).

(7) انظر: ابن فرحون، نفسه، ج1 ص98.

(8) انظر: ابن أبي الدّم، **أدب القضاء**، ج1 ص406؛ (النّووي) يحي بن شرف (ت676هـ)، **روضة الطّالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلاميّ**، دمشق، سوريا، ط2، 1985م، ج11 ص185.

والصّحيح عند المالكيّة[1] والشافعيّة[2] والحنابلة[3] أنّ الثبوت ليس حكما، لأنّ حقيقته قيام الدليل على ثبوت سبب الحكم، ومع تغاير حقيقة الحكم وحقيقة الثّبوت لا يمكن القول بحصول الحكم بحصول سببه إلاّ حال التّلازم وهو غير آكد، وهو ما ذهب إليه بعض متأخري الأحناف[4].

ويبدو أنّ ما اعتمده الأحناف من أنّ الثبوت حكم إن كان بناء على أنّ تصريح القاضي بثبوت الأمر عنده، يمثّل قناعته في النّزاع المعروض أمامه، فاستوت طرق التّعبير عنها، وإنّما يشترط استيفاء إجراءات الدّعوى. فهم لا يقصرون الثّبوت على "قيام الحجّة على ثبوت السبب عند الحاكم"[5]، وإنّما يجعلون الثّبوت بمعنى الحكم بشروطه، ولهذا فيكون وقوع الثّبوت على المسبّب حكما، ولا يكون كذلك إذا وقع الثّبوت على السبب[6]. فإذا قال القاضي: ثبت عندي مديونية المدّعى عليه، وكان طلب المدّعي الحكم بثبوت الدّين كان الثّبوت حكما، أمّا إذا كان طلبه بإفلاس المدين كان تصريح القاضي بثبوت الدّين ليس حكما، رغم أنّه مقدمة له، وهو ما يمكن تسميته بالثّبوت المجرّد وهو "اعتبار القاضي مقدّمات الحكم أو بعضها"[7].

والحقيقة الّتي لا مراء فيها أنّ الثّبوت مغاير في حقيقته للحكم، إذ هو مقدّمة له فقط[8]، وقد ينفصلان تماما، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنّ الحكم قد يكون من لوازم الثّبوت في صور وقد لا يكون، وهو ما يستنتجه المتتبّع لنصوص الفقهاء، فإنّ استمرار الرّيبة والشكّ في نفس القاضي رغم قيام سبب الحكم، أو توقّف الحكم على الإعذار يمنع من لزوم الحكم عن الثّبوت[9]، فربّما يكون لمن ثبت قيام سبب الحكم بمديونيّته بمديونيّته ما يمنع من اتّصال الحكم بالسّبب إذا كان له بيّنة على أنّه قضى دينه لاحقا، أو أنّ الدائن أبرأه من الدّيْن.

---

(1) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص98؛ القرافي، **الفروق**، ج4 ص102.

(2) انظر: ابن أبي الدّم، **أدب القضاء**، ج1 ص406؛ النّووي، **روضة الطّالبين**...ج11 ص185.

(3) انظر: البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3 ص474.

(4) انظر: ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**...ج5 ص352.

(5) القرافي، **الإحكام**... ص37.

(6) انظر: (ابن الغرس) محمّد بن محمّد بن خليل المصريّ الحنفيّ (ت 932 هـ)، **الفواكه البدريّة في الأقضيّة الحكميّة**، مطبعة النيل، مصر، ص16 (نقلا عن: عبد النّاصر موسى أبو البصل، **نظريّة الحكم القضائي**... ص338).

(7) ابن الغرس، نفسه، ص18(نقلا عن عبد الناصر موسى أبو البصل، نفسه، ص360).

(8) **انظر**: القرافي، **الفروق**، نفسه.

(9) القرافي، **الإحكام**...نفسه.

وعلى العكس من ذلك "إن قامت الحجّة على سبب الحكم وانتفت الرّيبة وحصلت الشّروط، فهذا هو الثّبوت والحكم من لازمه، فتعيّن على الحاكم الحكم إذا سئل به، فصار الحكم من لوازم الثّبوت، فيجب أن يعتقد بأنّه حكم"[1].

الفرع الثّاني: مفهوم الحكم القضائيّ الفاصل في موضوع النّزاع في القانون الوضعيّ .

يُعرّف الحكم القضائيّ الفاصل في الموضوع بأنّه :"الحكم الّذي يفصل في طلبات الخصوم الموضوعيّة أو في جزء منها سواء أكانت طلبات أصليّة أم طلبات عارضة، وكذا الدّفوع الموضوعيّة"[2].

وذلك أنّ مهمّة القضاء هي الفصل في الموضوع المتمثّل في الحقوق والمراكز القانونيّة الّتي رُفعت الدّعوى بشأنها، وذلك بتوضيح الحقيقة وإزالة الغموض والإجابة عن الإشكالات الّتي يطرحها النّزاع، ويكون هذا بالتّصدّي لطلبات الخصوم الأصليّة عند رفع الدّعوى، أو طلباتهم خلال سيرها[3]، وهذا إمّا بالاستجابة لها أو رفضها كليّا أو جزئيّا.

فيكون الحكم القضائيّ فاصلا في طلبات المدّعي الموضوعيّة كلّها بقبولها كلّها، أو رفضها كلّها، أو بقبول بعض ورفض آخر، كحالة ما إذا كانت طلبات المدّعي هي إلزام المدّعى عليه بأصل الدّين والفوائد، فقد يجاب إلى طلباته كاملة، فيلزم المدّعى عليه بأصل الدّين والفوائد، وقد تُرفض كاملة حال عدم إثبات الدّين، وقد يجاب إلى إلزام المدّعى عليه بأصل الدّين وتُرفض طلبات المدّعي المتعلّقة بالفوائد.

ويعتبر الحكم القضائيّ فاصلا في جزء من الطّلبات الموضوعيّة، كحالة الحكم بالفسخ مع إحالة الدّعوى إلى التّحقيق لإثبات عنصر التّعويض استجابة لطلبات المدّعي بفسخ العقد والتّعويض عن الضّرر، كما يكون

---

(1) القرافي، **الإحكام**...ص37. وقد جعل من صور استلزام الثّبوت للحكم، ما كان الحكم فيه تابعا لسببه، كالقصاص تابع للقتل، وثبوت وثبوت القيمة تابع للإتلاف، والقطع تابع للسّرقة، على اعتبار أنّ هذه الصّور متقرّرة في الشّريعة، ووظيفة الحاكم فيها التّنفيذ، ولا يحتاج إلى إنشاء حكم، والحقيقة أنّ هذا الكلام عائد إلى اعتباره أنّ الحكم القضائيّ إنشاء، وقد سبقت مناقشة قوله وبيان أنّ الحكم القضائيّ مطلق إخبار القاضي عن أحكام الشّريعة فيما يعرض عليه من خصومات سواء أكان دوره مجرّد الإعلام بحكم الشّريعة المقرّر في المسألة، أو الاجتهاد في إنشاء حكم في مواضع الاجتهاد، وذلك أنّ مجرّد إنزال النّصوص على الوقائع اجتهاد من القاضي، وليس مجرّد تنفيذ (انظر: تعريف الحكم القضائيّ عند القرافي، ص 13 من هذا البحث).

(2) أحمد ماهر زغلول، **أعمال القاضي**... ص345-346؛ أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**....ص418.

(3) تنصّ المادّة 25 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على أنّه "يتحدّد موضوع النّزاع بالادّعاءات الّتي يقدّمها يقدّمها الخصوم في العريضة الافتتاحيّة للدّعوى ومذكرات الردّ، غير أنّه يمكن تعديله بناء على تقديم طلبات عارضة إذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالادّعاءات الأصليّة"

الفصل في الدّفوع الموضوعيّة[1] الّتي يقصد منها المدّعى عليه المنازعة في وجود الحقّ المدّعى به أو مداه قصد رفض طلبات المدّعي كلّها أو بعضها.

كما يُعرّف الحكم الجنائيّ الفاصل في الموضوع بأنّه "الحكم القطعيّ الّذي يفصل في موضوع النّزاع بالإدانة أو البراءة وتنتهي به الخصومة"[2]، وذلك على اعتبار أنّ وظيفة الحكم هو فصل النّزاع حول حقّ الدّولة في العقاب، وذلك بإقرار الحقّ بالإدانة أو بعدم إقراره بالحكم لصالح المتّهم بالبراءة، فيكون الفصل في لبّ الخصومة الجنائيّة من حيث مدى ثبوت التّهمة على المتّهم، وما يتطلّبه ذلك من فصل في الطّلبات والدّفوع المقدّمة من الادّعاء والدّفاع.

والملاحظ أنّ الحكم القضائيّ الفاصل في الموضوع يُشترط فيه أن يكون قطعيّا(définitif)، ومعنى القطعيّة كون الحكم حاسما للنّزاع في موضوع الدّعوى أو في جزء منها أو في مسألة متفرّعة عنها، سواء أتعلّقت بالقانون أم بالواقع[3].

وهو نفس المعنى الّذي نجده في قطعيّة الحكم الجنائيّ، إذ يُعرّف بأنّه "الحكم الّذي يحسم النّزاع على أصل الحقّ كلّه أو بعضه أو مسألة فرعيّة متفرّعة عنه تعلّقت بالواقع أو القانون"[4].

وعلى هذا فإنّ الحكم القضائيّ القطعيّ قد يكون واردا على موضوع الدّعوى (أصل الحقّ) أو على مسألة فرعيّة، والمقصود بالمسألة الفرعيّة المسألة السّابقة على الفصل في الموضوع، فالأحكام القطعيّة هي الّتي تضع حدّا للنّزاع، فالحكم الّذي يضع نهاية للنّزاع في موضوع النّزاع أو في مسألة إجرائيّة كمسألة الاختصاص مثلا، بحيث ينتهي القاضي من الفصل فيها بصفة قطعيّة لا رجعة فيها يعدّ حكما قطعيّا[5].

---

(1) يشمل الدّفع الموضوعيّ كافة الأسانيد الّتي يبديها المدّعى عليه قصد الوصول إلى رفض دعوى خصمه، وهذا بإنكار الوقائع المنشئة الّتي يتمسّك بها المدّعي كأساس لطلبه أو إنكار ما ينسبه المدّعي إلى هذه الوقائع من آثار، كتمسّك المدّعي بصوريّة العقد أو إبطاله للغلط، أو التّمسّك بوقائع من شأنها إمّا منع الواقعة الّتي يتمسّك بها المدّعي من إنتاج آثارها أو إنهاء هذه الآثار (انظر : أحمد ماهر زغلول، **أعمال القاضي**....ص346).

(2) أحمد فتحي سرور، **الوسيط في قانون الإجراءات الجنائيّة**، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، مصر، ط7، 1993م، ص826.

(3) انظر: عبد الحميد الشّواربي، **حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة في ضوء القضاء والفقه**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1986م، ص39؛ أحمد هندي، **قانون المرافعات**... ص428؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ وقوّته**...ص171و214؛ أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص495؛ وجدي راغب فهمي وأحمد ماهر زغلول ويوسف يوسف أبو زيد، **مبادئ القضاء المدنيّ**، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، مصر، 2003، ص1451؛ السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص658.

Natalie FRICERO, *op. cit.*, p.912.

(4) عبد الحكم فوده، **موسوعة الحكم القضائيّ**...ص2340.

(5) ROGER PERROT, **ENCYCLOPEDIE DALLOZ DE DROIT CIVILE**, chose jugée, 1978, mise à jour 1994, p.5.

ويستوي في اعتبارها مسألة فرعيّة كون الحكم منهيا للخصومة أم غير منه لها ما دام يقصد من إصداره التّصدّي لمسائل متعيّنة للفصل في الدّعوى.

ففي الدّعوى المدنيّة يعدّ الحكم بعدم اختصاص المحكمة للنّظر في الدّعوى، أو عدم قبولها لانتفاء صفة المدّعي أو المدّعى عليه، أو لسبق الفصل فيها، أو لسبق الصّلح بصددها، أو الاتّفاق على التّحكيم، أو لانقضاء الخصومة بالتّقادم، جميع ذلك يُعدّ حكما قضائيّا قطعيّا في مسائل فرعيّة منهيا للخصومة، بينما الحكم بقبول الاستئناف شكلا مع ندب خبير في الدّعوى في نفس الحكم، أو الحكم بإحالة الدّعوى إلى محكمة أخرى للارتباط بنزاع آخر مطروح أمامها، أو برفض الدّفع بالإحالة، كلّ ذلك يعدّ حكما قضائيّا قطعيّا في مسائل فرعيّة غير منهية للخصومة[1].

وفي الدّعوى الجزائيّة قد يتمثّل الحكم القضائيّ القطعيّ في مسألة فرعيّة بالحكم بعدم الاختصاص، أو رفض دفع بعدم قبول الدّعوى، أو الحكم بعدم قبول الدّعوى العموميّة لوجود أحد القيود الواردة على النّيابة العامّة في تحريك ومباشرة هذه الدّعوى.

ومن هنا يتبيّن وجه الفرق بين كون الحكم فاصلا في الموضوع وبين كونه قطعيّا، وذلك أنّ القطعيّة تثبت لكلّ حكم في فاصل في النّزاع سواء في الموضوع أو الشّكل، فيكون كلّ حكم فاصل في الموضوع بالضّرورة قطعيّا، بينما ليس كلّ حكم قطعيّ فاصلا في الموضوع[2].

والخلاصة أنّ الأحكام الفاصلة في الموضوع هي نوع من الأحكام القطعيّة، وهي الأحكام الّتي تتجسّد فيها عقيدة القاضي تجاه الحقوق والمراكز الموضوعيّة موضوع الدّعوى أو الطّلب القضائيّ في الدّعوى المدنيّة، كما تتجسّد فيها قناعة القاضي بثبوت التّهمة أو عدمه في الدّعوى الجنائيّة من خلال إدانته أو تبرئته.

---

(1) انظر: عبد الحميد الشواربيّ، **حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة**...ص41؛ أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص429؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ وقوّته**...ص173؛ أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**... ص511.

(2) وقد وقع القائمون على صياغة مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة في نفس الخطأ حينما عرّفوا الحكم الفاصل في الموضوع في المادّة 1/296 بأنّه "الحكم الفاصل كليّا أو جزئيّا في موضوع النّزاع أو في دفع شكليّ أو في دفع بعدم القابليّـــة أو في أيّ طلب عارض". فقد جعلوا الحكم الفاصل في دفع شكليّ حكما فاصلا في الموضوع لمجرّد كونه قطعيّا، وهو من الخلط المشار إليه بين القطعيّة والفصل في الموضوع.

المطلب الثّاني: أثر فصل الحكم القضائيّ في موضوع النّزاع على حيازته للحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

إنّ أساس اعتماد مبدأ حجيّة الحكم القضائيّ لا ينفكّ أن يكون ما يُفترض من إصابة الحكم القضائيّ الحقيقة، وما يترتّب عن إصداره من إنهاء للخصومة، وهو ما يجعل الأحكام شقّين، شقّ قصد به القاضي إصابة كبد الحقيقة، وفصل النّزاع، فعلاقته بمبرّر اعتماد الحجيّة بيّن، وصلته ظاهرة، وشقّ آخر لم يزل به القاضي متوسّلا إلى الحقيقة، باحثا عنها، غير فاصل للنّزاع المعروض، فعلاقته بمبرّر اعتماد الحجيّة ضعيف، إن لم نقل منعدمة، وهو ما يدعوني إلى بيان ذلك في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: أثر فصل الحكم القضائيّ في موضوع النّزاع على حيازته للحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

الفرع الثّاني: أثر فصل الحكم القضائيّ في موضوع النّزاع على حيازته للحجيّة في القانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: أثر فصل الحكم القضائيّ في موضوع النّزاع على حيازته للحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

سبقت الإشارة إلى أنّ بعض الفقهاء يقصرون مصطلح الحكم على الأحكام الفاصلة في الموضوع دون غيرها، بحيث يعدّون أنواعا من تصرّفات القضاة رغم ارتباطها الوطيد بالخصومة ليست أحكاما لأنّها لا تفصل في النّزاع، ويرتّبون على ذلك إمكانيّة العدول عنها ونقضها من غيرهم من الحكّام[1]، بينما يجعلون الأحكام الفاصلة في الموضوع أحكاما بالمعنى الحقيقيّ، يمتنع على غيرهم من القضاة المساس بها كما يمتنع عليهم الرّجوع عنها.

وإذا رجعنا إلى ما سبق ذكره من أنواع الأحكام الفاصلة في الموضوع كما يعدّدها الفقهاء، فإنّه لا يخفى أنّه متى حكم القاضي عند نظر النّزاع ودراسة طلبات الخصوم بوجوب فعل ما أو حرمته أو إباحته فإنّه إنّما يقضي في موضوع النّزاع بالإخبار عن حكم الشّريعة فيه قاصدا الإلزام به، فيكون هذا الحكم حائزا للحجيّة، إذ يمثّل عقيدة القاضي بما حكم به من أنّه حكم الشّريعة فيها فاصلا في موضوع النّزاع مجيبا عن طلباتهم.

كما لا يخفى أنّه متى حكم القاضي عند نظر النّزاع ودراسة طلبات الخصوم في تصحيح عقد أو تصرّف أو إبطالهما، فإنّه إنّما يقضي في موضوع النّزاع بالإخبار عن حكم الشّريعة فيه قاصدا الإلزام به، فيكون هذا

(1) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص80-82؛ الطّرابلسيّ، **معين الحكّام**...ص38-40.

الحكم حائزا للحجيّة، إذ يمثّل عقيدة القاضي بما حكم به من أنّه حكم الشّريعة فيها فاصلا في موضوع النّزاع ومجيبا عن طلبات الخصوم، وقد صرّح الفقهاء بأنّه لا ينقض ما دام مؤسّسا على اجتهاد، وأنّ حكم القاضي به ينفذ إذا رفع بكتاب إلى قاض غيره[1]، وكذلك يعتبر الحكم بالموجب حكم يرتبط بموضوع المنازعة، فاصلا في الخصومة، ولهذا فإنّه يحوز حجيّة الحكم القضائيّ، ولا يجوز نقضه[2]، ومتى حكم القاضي بالموجب فإنّه لا يُنقض ما دام مؤسّسا على اجتهاد، وكذلك فإنّ حكم القاضي به ينفذ إذا رفع بكتاب إلى قاض آخر[3].

وواضح أنّ الحكم بالاستحقاق متى ارتبط بطلبات المدّعي في الحقّ المتنازع فيه كان حكما في موضوع النّزاع وبالتّالي استحقّ حيازة حجيّة الحكم القضائيّ، أمّا الحكم بالثبوت فإنّ ما تقدّم من لزوم الحكم عن الثّبوت أو عدم لزومه هو ما جعل الفقهاء يختلفون في كون الثّبوت حكما أم لا، وفي إمكانيّة نقضه أم لا، كما أنّ اختلاف العبارات الّتي يرد فيها لفظ الثّبوت على لسان القضاة مقترنا بالحكم أو مجرّدا، جعل الفقهاء يفصّلون حسب حالتين هما[4]:

الحالة الأولى : الاقتصار على الثّبوت، وهو نوعان.

النّوع الأوّل : ما يضاف فيه الثّبوت إلى سبب قيام الحكم، كقول القاضي: ثبت عندي البيّنة، أو ثبت عندي الإقرار.

النّوع الثّاني: ما يضاف فيه الثّبوت إلى الحكم، كقول القاضي: ثبت عندي أنّ الدّار لفلان، وكانت ملكيّة الدّار هي الأمر المتنازع فيه.

الحالة الثّانية: اقتران الحكم بالثّبوت، كقول القاضي: ليسجل بثبوته والحكم بما ثبت عنده، فيكون الحكم بالثّبوت المضاف إلى الحكم أو المقترن بالحكم واضحا في حيازته للحجيّة، بينما يتوقّف الثّبوت المضاف إلى سبب الحكم فلا يحوز حجيّة.

---

(1) انظر: ابن قطلوبغا، **موجبات الأحكام**...ص57؛ الطرابلسيّ، **معين الحكّام**...ص47.

(2) انظر: عبد النّاصر موسى أبو البصل، **نظريّة الحكم القضائيّ** ... ص492.

(3) انظر: ابن قطلوبغا، نفسه؛ الطّرابلسيّ، نفسه.

(4) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص96-98.

الفرع الثّاني: أثر فصل الحكم القضائيّ في موضوع النّزاع على حيازته للحجيّة في القانون الوضعيّ.

إنّ العبرة في حيازة الأحكام القضائيّة للحجيّة هي بما تتضمّنه من مضمون تأكيديّ للعمل القضائيّ، فإنّ الحجيّة هي "أثر قاصر على الأعمال ذات المضمون التأكيديّ للحقوق والمراكز القانونيّة لا يمكن أن تنسب إلاّ إلى الأحكام التي يتوافر فيها هذا المضمون"[1].

وهذا المعنى هو ذاته ما تشهد له النّصوص[2]، فإنّ حجيّة الحكم القضائيّ في نصّ المادّة 101 من قانون الإثبات المصريّ مرتبطة بالحكم الّذي يفصل في الحقوق الموضوعيّة، ذلك أنّها تلتحق بالتّأكيد القضائيّ لتفرض مضمونه على أطراف الخصومة وكذا القضاة في ما يستقبل من النّزاعات، ولهذا فإنّها لا تُنسب إلاّ للأحكام الموضوعيّة على اعتبار أنّها فاصلة في النّزاع المطروح أمام القضاء[3].

يقول جارسونيه (Garsonnet): "إنّ حجيّة الأمر المقضيّ تفترض أنّ الحكم قد قطع في النّقطة المتنازع عليها، فما لم يحكم فيه تنتفي عنه الحجيّة"[4].

وعلى هذا فإنّ الحكم الفاصل في الموضوع يتمتّع بالإضافة إلى القطعيّة الّتي تعني استنفاذ المحكمة لولايتها تجاهه بحجيّة الحكم القضائيّ الّتي تعني فاعليّة تجاه الخصومات المستقبلة خارج إجراءات الخصومة الّتي صدر فيها الحكم، "فالحكم الموضوعيّ يمنع من رفع دعوى أخرى في ذات الموضوع الّذي فصل فيه، ويجيز التّمسّك بعدم قبولها لسبق الفصل فيها، وإذا لم يفصل الحكم الموضوعيّ في كلّ الموضوع فإنّه أيضا يمنع من رفع دعوى جديدة في ذات الشقّ الموضوعيّ الّذي فصلت فيه المحكمة"[5].

والواقع أنّ متابعة المراجع الباحثة في شروط الحجيّة من حيث الشّكل توقع الباحث في حيرة شديدة، وتجعله يتساءل: هل الحجيّة تثبت للحكم بمجرّد قطعيّته أم حتّى يكون قطعيّا فاصلا في الموضوع؟، فبعض

---

(1) أحمد ماهر زغلول، **أعمال القضاة**...ص344.

(2) تنصّ المادّة 2/296 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على أنّه "يكون هذا الحكم [أي الفاصل في الموضوع] بمجرّد النّطق به حائزا لحجيّة الشّيء المقضيّ فيه في النّزاع المفصول فيه"

(3) انظر: أحمد ماهر زغلول، نفسه؛ مهاب جلال عبد البرّ، **تدرّج الحجيّة**...ص11-12؛ وجدي راغب فهمي، أحمد ماهر زغلول، يوسف يوسف أبو زيد، **مبادئ القضاء المدنيّ**، ص1453.

(4) «L'autorité de la chose jugée suppose, encore, la solution définitive d'un point litigieux, sinon, rien de jugé, donc pas d'autorité de chose jugée» (E. GARSONNET, , *op. cit.*, n° 710, p.428)

(**5**) أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص418.

المراجع لا تفتأ تصرّح بأنّ شروط حيازة الحكم القضائيّ للحجيّة هو كونه قطعيّا، دون الإشارة إلى ضرورة كونه فاصلا في الموضوع[1].

وبعضها تدمج شرط كونه قطعيّا بكونه فاصلا في الموضوع[2].

والظّاهر أنّ ما حدث من اشتراط قطعيّة الحكم بدلا من كونه فاصلا في الموضوع لحيازة الحجيّة مردّه الارتباط الوثيق بين المعنيين، إذ لا يُتصوّر حكم فاصل في الموضوع إلاّ وهو قطعيّ، فتمت الاستعاضة عن الفصل في الموضوع بالقطعيّة، رغم أنّهما تقسيمان مختلفان، يقتضي أحدهما تقسيم الأحكام إلى أحكام فاصلة في الموضوع وأخرى صادرة قبل الفصل في الموضوع، ويقتضي الآخر تقسيمها إلى أحكام قطعيّة وأخرى غير قطعيّة[3].

فتداخل التّقسيمان بشكل نشأ عنه القول بحجيّة الأحكام القطعيّة ولو كانت في مسائل شكليّة، وقد أشار إلى هذا الأمر أحمد ماهر زغلول بقوله: "ولقد تداخل هذا التّقسيم في تقسيم آخر للأحكام بحسب صفتها القطعيّة على نحو كاد أن يؤدّي إلى اختلاط التّقسيمين وامتزاج الاصطلاحات المستخدمة بحيث يصير القول بقطعيّة الحكم يعدل القول بموضوعيّته"[4].

وقد انجرّ عن ذلك اختلاط مفهوم الحجيّة مع مفهوم استنفاذ الولاية، بحيث جعل بعضهم مظهر حجيّة الحكم القضائيّ هو عدم عدول المحكمة عن الحكم الّذي أصدرته، وهذا في الحقيقة أثر استنفاد المحكمة لولايتها، إذ يعرّف هذا الأخير بأنّه عدم قدرة المحكمة على العدول عن الحكم الّذي أصدرته سواء أكان موضوعيّا أم إجرائيّا[5]، ويعبّر عن ذلك بقاعدة مفادها "أنّه بمجرّد صدور الحكم فإنّ القاضي الّذي أصدره يتوقّف عن أن يكون قاضيا"

---

(1) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص498؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص145و197؛ علي عوض حسن، **الدّفع بعدم جواز نظر الدّعوى لسبق الفصل فيها**، دار المطبوعات الجامعيّة، الإسكندريّة، مصر، 1996م، ص33 و48.

(2) من ذلك عبارة السّنهوري "لا تكون حجيّة الحكم المقضيّ إلاّ لحكم قطعيّ، وهو الحكم الصّادر في الموضوع بالبتّ فيه"، ثمّ إنّه عاد فأضفى الحجيّة على الأحكام القطعيّة، سواء منها ما يبتّ في الدّفع الموضوعيّ أو الشّكليّ كالحكم بعدم الاختصاص وبعدم قبول الدّعوى، وكذا ما يبتّ في النّزاع المتّصل بإجراءات الدّعوى كالحكم بسقوط الخصومة أو انقضائها (انظر: **الوسيط**...ج2ص658-659)

(3) تعرّف الأحكام غير القطعيّة بأنّها أحكام غير فاصلة في النّزاع، صادرة أثناء سير الدّعوى وتحقيقها تحضيرا للحكم فيها (انظر: وجدي راغب فهمي، أحمد ماهر زغلول، يوسف يوسف أبو زيد، **مبادئ القضاء المدنيّ**، ص1451؛ أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص429.

(4) **أعمال القاضي**...ص347.

(5) انظر: وجدي راغب فهمي، أحمد ماهر زغلول، يوسف يوسف أبو زيد، نفسه، ص1451-1452؛ مهاب جلال عبد البرّ، **تدرّج الحجيّة**.... ص10.

فكلٌّ من نظام "استنفاد المحكمة لولايتها" و"حجيّة الشّيء المقضيّ" يمنع من إثارة المسألة الّتي سبق الفصل فيها، ولكنّ الأوّل يكون داخل الخصومة القضائيّة، بحيث تمتنع المحكمة المصدرة للحكم –سواء أكان موضوعيّا أم إجرائيّا– أن تعيد النّظر فيه من جديد أو تعدّله أو تلغيه، بينما يكون أثر الحجيّة خارج الخصومة القضائيّة بأن يعتبر في الأحكام المستقبلة بأن ترفع دعوى مستجدّة مؤسّسة على حكم حائز للحجيّة يتمسّك بها المدّعي، أو يدفع برفض الدّعوى لسبق الفصل فيها، وهو دفع يتمسّك به المدّعى عليه[1].

وممّا يجدر التّنبيه إليه أنّه لا يكفي أن يكون الحكم الجنائيّ قطعيّا فاصلا في الموضوع للتّمسّك بحجيّته، بل يجب إضافة لذلك أن يكون نهائيّا، وهو ما سبقت الإشارة إليه عند الحديث عن مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ في القانون الجنائيّ[2]، فإنّ المادّة 06 من قانون الإجراءات الجزائيّة الجزائريّ تقصر انقضاء الدّعوى العموميّة بصدور الحكم على حالة كونه حائزا لقوّة الشيء المقضيّ[3]، ومعنى ذلك أنّ مظاهر حيازة الحكم الجنائيّ للحجيّة في منع إعادة المتابعة وارتباط القضاء المدنيّ به معلّق على انقضاء الدّعوى العموميّة وذلك بصدور حكم غير قابل للطّعن فيه.

وهكذا فإنّ حيازة الحكم الجنائيّ للحجيّة تكون رهينة حيازته لقوّة الأمر المقضيّ، وهي بدورها مرتبطة بصيرورته باتّا، بمعنى عدم قابليته للطّعن بالطرق العاديّة وهي المعارضة والاستئناف، والطريق غير العاديّ متمثّلا في الطّعن بالنّقض سواء باستنفاذها أو بفوات مواعيدها، ويكون الحكم الجنائيّ باتّا ولو كان قابلا للطّعن فيه بطريق التماس إعادة النّظر، إذ هو طريق استثنائيّ غير مقيّد بمواعيد ومحدود بحالات معيّنة[4].

---

(1) انظر : أحمد ماهر زغلول، **أعمال القضاة**....ص367؛ مهاب جلال عبد البرّ، **تدرّج الحجيّة**...ص12-13.

(2) انظر ص 129 من هذا البحث.

(3) تنصّ هذه المادّة على أنّه "تنقضي الدّعوى العموميّة الرّامية إلى تطبيق العقوبة بوفاة المتّهم، العقوبة وبالتّقادم وبالعفو الشّامل وبإلغاء قانون العقوبات وبصدور حكم حائز لقوّة الشيء المقضي" (القانون رقم 86-05 المؤرّخ في 04-03-1986م)، وهو نفس ما نصّت عليه المادّة 06 من قانون الإجراءات الجزائيّة الفرنسيّ، ونصّت المادّة 456 من قانون الإجراءات الجنائيّة المصريّة على أنّه "يكون للحكم الجنائيّ الصّادر من المحكمة الجنائيّة في موضوع الدّعوى الجنائيّة بالبراءة أو بالإدانة قوّة الشّيء المحكوم به أمام المحاكم المدنيّة في الدّعاوى الّتي يكون قد فصل فيها نهائيا فيما يتعلّق بوقوع الجريمة وبوصفها القانونيّ ونسبتها إلى فاعلها..."

(4) انظر: معوّض عبد التّواب، **نظريّة الأحكام**...ص38.

خلاصة مقارنة

ختاما لهذا المبحث الموسوم بـــ"فصل الحكم القضائيّ في موضوع النّزاع وأثره على الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ " يتبيّن اتّفاقها حول قصر حجيّة الحكم القضائيّ على الأحكام الفاصلة في الموضوع دون غيرها، فهي وحدها الّتي تكتسي فاعليّة تجاه الخصومات المستقبلة خارج إجراءات الخصومة الّتي صدر فيها الحكم.

ويظهر فقه الشّريعة أكثر وضوحا في قصر الحجيّة على الأحكام الفاصلة في الموضوع، إذ هو لا يعدّ الأحكام غير الفاصلة في الموضوع أحكاما قضائيّة أصلا، بحيث لا يمكن اعتبار الأحكام الإجرائيّة أحكاما قضائيّة في اصطلاح فقه القضاء الشّرعيّ.

ويتّضح هذا الأمر خاصّة في تعامل فقهاء الإسلام مع أنواع الأحكام المختلفة من حيث اعتبارها أحكاما قضائيّة، حيث يقصرون معنى الحكم القضائيّ فيها على ما تضمّن فصلا في الموضوع كالحكم بالوجوب والتّحريم والإباحة، وكذا الحكم بالصحّة والفساد والحكم بالموجب، بينما اختلفوا حول الحكم بالثّبوت، هل هو حكم قضائيّ أم لا؟ وتبيّن من خلال استعراض عباراتهم أنّ الحكم بالثّبوت المعدود حكما قضائيّا هو الحكم الّذي يكون لازما لسبب وتتضمّن صيغة إضافة الثّبوت إلى الحكم أو اقترانه به.

ورغم أنّ القانون يجعل مفهوم الحكم القضائيّ بمعناه الدّقيق شاملا للأحكام الموضوعيّة والإجرائيّة فإنّه يعود فيبيّن أنّ حيازة الأحكام القضائيّة للحجيّة هي بما تتضمّنه من مضمون تأكيديّ للعمل القضائيّ، فهي قاصرة على الأحكام الموضوعيّة الّتي تتميّز بأنّ صدورها يمنع من رفع دعوى أخرى في ذات الموضوع الّذي فُصل فيه، ويجيز التمسّك بعدم قبولها لسبق الفصل فيها.

وممّا تقدّم يتبيّن أنّ الحجيّة قاصرة على الأحكام الفاصلة في موضوع النّزاع دون غيرها من الأحكام الإجرائيّة، وهي قاعدة ثابتة سواء في ظلّ الشّريعة الإسلاميّة أو القانون الوضعيّ.

الفصل الثّالث

شروط الدّفع بحجّية الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

تهدف فكرة حجيّة الحكم القضائيّ إلى منع تجدّد الخصومة وتضارب الأحكام، وحتّى يتحقّق هذا الهدف وجب أن يمتنع ما من شأنه عرض نفس النّزاع المحكوم فيه على القضاء مرّة أخرى، ولا يتأتّى ذلك إلاّ إذا منح الخصم (المدّعى عليه في الدّعوى المدنيّة والمتّهم في الدّعوى الجزائيّة) مُكنة رفض إعادة طرح هذا النّزاع بدعوى جديدة بأن يطلبوا من القاضي عدم قبول هذه الدّعوى على اعتبار أنّه قد سبق للقضاء الفصل فيها، وهو ما يسمّى بالدّفع بسبق الفصل.

وحتّى يُتحقّق من أنّه ذات النّزاع المعروض مسبقا، فإنّ الدّعوى المحكوم فيها والدّعوى الجديدة يجب أن تكونا متطابقتين من حيث عناصرهما حتّى يمكن للمدّعى عليه طلب رفض الدّعوى الجديدة لأنّها هي نفسها الدّعوى المحكوم فيها، ولهذا فإذا لجأ خصوم الدّعوى المدنيّة المحكوم فيها بذات الطّلبات المثارة سلفا ولنفس السّبب، فإنّ ذلك يعتبر مدعاة لتجدّد الخصومة وتضارب الأحكام، وحينئذ يكون الدّفع بسبق الفصل في الدّعوى وجيها، ويكون على المحكمة أن تمتنع عن نظر الدّعوى، وعلى العكس من ذلك، فإنّه إذا لم يكن رفع الدّعوى الجديدة تجديدا للنّزاع السّابق الحكم فيه، بحيث تغيّرت بعض عناصر هذه الدّعوى أو جميعها، تعيّن على المحكمة رفض هذا الدّفع، وكان عليها أن تنظر النّزاع الثّاني على اعتبار كونه مغايرا لما سبق الفصل فيه.

وكذلك في الدّعوى الجزائيّة، فإنّه في حالة تجدّد إثارة الوقائع الّتي سبق الحكم فيها بالإدانة أو البراءة للمتّهم، فإنّنا نكون بصدد عرض نفس النّزاع المحكوم فيه على القضاء مرّة أخرى، وبالتّالي يكون الدّفع بسبق الفصل في الدّعوى وجيها، ويكون على المحكمة أن تمتنع عن نظر الدّعوى، وعلى العكس من ذلك فإذا كانت الدّعوى الجديدة تتعلّق بوقائع جديدة أو بمتّهم آخر غير الّذي حركت ضدّه الدّعوى الأولى فإنّه يتعيّن رفض الدّفع بسبق الفصل فيها لكون القضيّة المعروضة غير القضيّة المفصول فيها.

ويبدو التّعرّض لهذه الشّروط ضرورة يقتضيها الإلمام بفاعليّة مبدأ الحجيّة في منع تجديد الخصام، وتسمّى بشروط الدّفع بالحجيّة، أو شروط الحقّ محلّ التّقاضي، وقد اخترت أن أفصل الحديث في شروط الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى المدنيّة عنها في الدّعوى الجزائيّة نظرا للاختلاف الكائن بينهما في تعداد هذه الشّروط وطبيعتها، وكذا الاختلاف في تحديدها في التّشريع كما سيأتي بيانه، ولهذا فقد تناولت هذا الفصل في مباحث ثلاثة هي:

المبحث الأوّل: ماهيّة الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المبحث الثّاني: شروط الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المبحث الثّالث: شروط الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى الجزائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المبحث الأوّل: ماهيّة الدّفع بحجّيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يعتبر الحديث عن ماهية الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ تمهيدا طبيعيّا لاستعراض شروط إعماله في المـــادّة المدنيّة والجزائيّة على السّواء، ولّما كان هذا الدّفع صورة من صور الدّفع عامّة فقد مهدت ببيان مفهوم الدّفع وأنواعه في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ، ثمّ أعقبته ببيان مفهوم الدّفع بالحجيّة وطبيعتـــه خصوصـــا، وختمته ببيان مدى ارتباطه بالنّظام العامّ في النّظامين، ولهذا فقد استقرّ الحديث في هذا المبحث في مطالـــب ثلاثة على النّحو التّالي:

المطلب الأوّل: مفهوم الدّفع وأنواعه في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الثّاني: مفهوم الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ وطبيعته في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الثّالث: تعلّق الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ بالنّظام العامّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الأوّل: مفهوم الدّفع وأنواعه في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يلجأ المدّعى عليه في الدّعوى إلى محاولات إبطال دعوى خصمه وردّها والتخلّص منها بوسائل مختلفة ومتنوّعة تنضوي جميعا تحت مسمّى الدّفع، وتندرج ضمن أحد أنواعه، ولهذا فيحسن التّعريف بالدّفع وبيان أنواعه تمهيدا للحديث عن الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ كنوع من أنواعه، ولهذا سأتعرّض لهذا المطلب في فرعين على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: مفهوم الدّفع في الشّريعة الإسلاميّة و القانون الوضعيّ.

الفرع الثّاني: أنواع الدّفع في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: مفهوم الدّفع في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعي.

أوّلا: مفهوم الدّفع في الشّريعة الإسلاميّة.

الدّفع في اللّغة من دَفَعَ دَفْعًا ومَدْفَعًا ومُدَافَعَةً، من معانيه الردّ والإحالة، يُقال دفع عنه الأذى أي ردّه، ودفع إليه الشيء أي أحاله إليه[1]، ومنه قوله تعالى: (◑☜♍· ✃✍✐⅄ ③⇖⑨⍓◷▫ঌ➚← ⇖♦⌶⭐ ✃✍✐⅄🔔ঌ⇦✕♦ ➚◆ ✃✌♦◆☪⇖❑☑✃☎...)[2] بمعنى أنّه يدفع غائلة المشركين عن المؤمنين، ويحفظهم ويكلؤهم وينصرهم[3].

أمّا الدّفع في الاصطلاح فقد عُرّف بأنّه مجموع الوسائل المحدّدة لممارسة الحقّ في الدّعوى القضائيّة[4]، فوصف الدّفع بأنّه وسيلة محدّدة على اعتبار أنّه مُكنة يمنحها التّنظيم وتجد مصدرها في النّظم الإجرائيّة ذاتها، بحيث يتكفّل التّنظيم بتحديد نطاق هذه المُكنة وصاحبها وكيفيّة ممارستها وجزاء مخالفة هذا التّحديد.

واعتبار الدّفع وسيلة ممارسة الحقّ في الدّعوى القضائيّة ينبع من تولّد الدّفع من ممارسة الحقّ في الدّعوى، بحيث أنّ وسائل الدّفع تنشأ من العناصر الموضوعيّة والإجرائيّة للدّعوى والإجراءات المتّبعة أمام القضاء.

ولعلّه يؤخذ على التّعريف بأنّه يوهم بأنّ الدّفع ينطبق بهذا الإطلاق على حقّ ممارسة الدّعوى ذاته، وهذا غير صحيح، لأنّ الدّفع إنّما يكون بعد وجود الدّعوى، كما أنّ الدّفع إنّما يكون منصبّا على الردّ على ادّعاء الخصم رغم أنّه عبارة عن حقّ أثناء ممارسة الدّعوى.

---

(1) انظر: الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، ج3 ص21 ؛ الزّمخشري، **أساس البلاغة**، ص132.

(2) **سورة الحجّ**، الآية 38.

(3) انظر: النّسفي، **تفسير القرآن الجليل**، ج2ص442.

(4) انظر: نبيل إسماعيل عمر، **أصول المرافعات الشّرعيّة**...ص363.

وبتعبير أشدّ بساطة عرّفته مجلة الأحكام العدليّة في المادّة 1631 بقولها:"الدّفع هو الإتيان بدعوى من قبل المدّعى عليه تدفع دعوى المدّعي" ومثاله أن يدّعيَ شخص ديْنا في ذمّة آخر، فيردّ المدّعى عليه بأنّه أدّاه إليه.

فالمقصود في التّعريف بعبارة "الإتيان بدعوى" أي صدور الردّ بادّعاء يدفع ادّعاء الآخر، وقد ذكر التّعريف أنّ الدّفع يكون صادرا من المدّعى عليه إمّا على اعتبار الأغلب، أو على اعتبار أنّه مدّعى عليه عند دفع ادّعاء خصمه، وإلاّ فإنّ أطراف الدّعوى قد يتبادلون دور المدّعي والمدّعى عليه باعتبار ما يصدر عنهم من ادّعاءات خلال سير الدّعوى، فقد يتحوّل المدّعي الأصلي إلى مدّعى عليه فيلجأ إلى الدّفع، كما يتحوّل المدّعى عليه الأصلي إلى مدّعي فيطرح ادّعاءً قد يدفعه خصمه، وقد نصّت المادّة 1632 منها على أنّه "إذا أثبت من ادّعى دفع الدّعوى دفعه تندفع دعوى المدّعي، وإلاّ يحلف المدّعي الأصليّ بطلب صاحب الدّفع، فإن نكل المدّعي عن اليمين يثبت دفع المدّعى عليه، وإن حلف تعود دعواه الأصليّة".

وتختلف الدّفوع عن وسائل الدّفاع التي تُعرّف بأنّها ما يعرضه الخصم للدّفاع عن حقوقه من وثائق واستدلالات[1]، فهي لا تسعى للردّ على ادّعاء وإنّما إلى تعزيز عناصر الادّعاء المطروح أمام المحكمة، وتتميّز عن الدّفوع في نقاط أهمّها:

- أنّ وسائل الدّفاع لا تضيف جديدا إلى وقائع النّزاع وإنّما تعزّز وتدعّم الوقائع المطروحة أمام المحكمة، بخلاف الدّفوع فهي قد تضيف واقعة جديدة كواقعة الوفاء بالدّين المدّعى به.
- أنّ توجيه القاضي الخصوم إلى وسائل الدّفاع لا يخلّ بواجب الحياد على عكس الدّفوع.

ثانيا: مفهوم الدّفع في القانون الوضعيّ (EXCEPTION).

يقصد بالدّفع في القانون الوضعيّ ما يستعين به الخصم للردّ على ما يدّعيه خصمه قصد عدم الحكم لصالحه[2]، ويُفهم من التّعريف بأنّ الدّفع هو مجموع وسائل الدّفاع التي يستعملها المدّعى عليه للردّ على مزاعم وادّعاءات المدّعي، ويهدف المدّعى عليه من ذلك إلى عدم الحكم لصالح المدّعي سواء بعد الحكم أصلا كحالة إنكار حق المدّعي في استخدام الدّعوى، أو الحكم لصالحه هو (المدّعى عليه) كحالة الدّفع بوفاء الدّين المدّعى به.

(1) انظر: نبيل اسماعيل عمر، **أصول المرافعات الشّرعيّة**...ص363.

(2) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضي وقوّته**... ص93؛ علي عوض حسن، **الدّفع بعدم جواز نظر الدّعوى**...ص9.

وواضح أنّ التّعريف تحاشى استعمال عبارة المدّعي والمدّعى عليه على اعتبار أنّه يمكن صدور الدّفع عن أي واحد منهما متى جوبه بادّعاء من الطرف الآخر، كما دلّ على أنّ ما يعرضه الخصم قصد دعم ادّعاءاته وتعزيزها من مستندات واستدلالات لا يدخل في مسمّى الدّفع، وإنّما هي وسائل للدّفاع عن حقّه في الدّعوى.

وقد عرّفت محكمة النّقض المصريّة الدّفع بأنّه دعوى من قبل المدّعى عليه أو من ينتصب خصما عنه يقصد به دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدّعي، بمعنى أنّ المدعى عليه يصير مدّعيا إذا أتى بدفع ويعود المدّعي الأوّل مدّعيا ثانيا عند دفع الدّفع[1].

الفرع الثاني: أنواع الدّفع في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

أوّلا: أنواع الدّفع في الشّريعة الإسلاميّة.

استعمل الفقهاء المتقدّمون الدّفع بمعنى الردّ على ادّعاء المدّعي دون تفصيل في أنواع الإدّعاء[2]، والمتتبّع لما يورد من أمثلة يجد أنّهم لا يفصّلون في أنواع الدّفوع وتتركّز أساسا في الدّفوع الموضوعيّة[3]، وقد خلص بعض الباحثين المعاصرين إلى أنّ الدّفوع في الشّريعة نوعان[4]:

1. **دفع الخصومة**. وهو دفع يقصد منه المدّعى عليه دفع الخصومة دون التعرّض لصدق المدّعي أو كذبه، كأن يثبت المدّعى عليه أنّه ليس خصما في الدّعوى بل خارجا عنها.

2. **الدّفع الموضوعيّ**. وهو الدّفع الذّي يقصد به إبطال دعوى المدّعي والغرض الذّي يسعى إليه بدعواه، كأن يدفع دعوى الدّين بالأداء أو الإبراء أو بالمقاصّة وحوالة الدّين وانقضاء الكفالة.

وقد قسّم بعضهم الدّفوع في فقه الشريعة بالنّظر إلى ما ذكره فقهاؤها من أمثلة وأنواع على نحو ما تعتمده مراجع فقه القانون الوضعيّ، وهي بهذا الشّكل تتنوّع إلى أنواع ثلاث هي[5]:

---

(1) طعن مدني، رقم 21، سنة 44 ق، جلسة 1976/4/7، س27 ص895 (نقلا عن علي عوض حسن، نفسه، ص11).

(2) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص138.

(3) انظر: نبيل إسماعيل عمر، **أصول المرافعات الشرعيّة**... ص373.

(4) انظر: أحمد محمّد علي داود، **القضايا والأحكام في المحاكم الشرعيّة**، دار الثّقافة للنّشر والتّوزيع، عمّان، الأردن، ط1، 1427هـ–2006م، ص68.

(5) انظر: نبيل إسماعيل عمر، نفسه، ص367-375.

1. الدّفوع الموضوعيّة. وهي دفوع تتعلّق بعناصر الادّعاء من أشخاص وموضـــوع وســـبب، كالدّفع بانعدام الصّفة أو انعدام المصلحة أو براءة الذمّة أو بطلان العقد أو سابقة الوفاء، وتهدف هذه الدّفوع إلى منع المحكمة من الفصل في الادّعاء المطروح عليها أو في جزء منه.

2. الدّفوع الشّكليّة. وهي دفوع تتعلّق بالإجراءات التي وضعتها الشّريعة لرفع الدّعوى والسّير فيها، وتتولّد هذه الدّفوع من العيوب الإجرائيّة، على اعتبار قيام العمل الإجرائيّ على شروط وأركان وجود وصحّة، كالدّفع بعدم الاختصاص أو بعدم الولاية.

3. الدّفوع بعدم القبول (الدّفوع بعدم سماع الدّعوى). وهي دفوع تتعلّق بتخلّف شـــروط سماع الدّعوى، ومن أظهرها الدّفع بسبق الفصل في الدّعوى، إذ القاضي منهي في الشّريعة عن التعرّض لمـــا سبق الفصل فيه من أحكام ما لم تخالف الثّابت من نصوصها ومواضع الإجماع.

ثانيا: أنواع الدّفع في القانون الوضعيّ. تتنوع الدّفوع إلى ثلاثة هي[1]:

1. الدّفوع الشكليّة (الإجرائيّة) (exceptions préliminaires). وهي الـــدّفوع الـــتي تنصبّ على الإجراءات التي اتّبعها الإدّعاء بغية إنهاء الخصومة دون الفصل في موضوع الحقّ أو تأخير الفصل فيه[2].

2. الدّفوع الموضوعيّة (Défenses au fond). وهي الدّفوع التي تنصبّ على أصل الحـــقّ بهدف الحصول على حكم برفع الدّعوى كلّيا أو جزئيّا[3].

3. الدّفوع بعد القبول (Fins de non recevoir). وهي الدّفوع التي تنصبّ على حـــقّ الخصم في استعمال الدّعوى قاصدة إنكار حقّه في ذلك لتخلّف شروط قبولها أو بعضها[4].

---

(1) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضي وقوّته**...ص93؛ علي عوض حسن، **الدّفع بعدم جواز نظر الدّعوى**...ص12؛ أحمـــد ماهر زغلول، **أعمال القاضي**...ص192-193.

(2) تعرّفها المادّة 49 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على أنّها "كلّ وسيلة تهدف إلى التّصريح بعدم صحّة الإجراءات أو انقضائها أو وقفها"

(3) تعرّفها المادّة 48 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على أنّها "وسيلة تهدف إلى دحض ادّعاءات الخصم"

(4) تعرّف المادّة 67 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة الدّفع بعدم القبول بأنّه "الدّفع الّذي يرمي إلى التّصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحقّ في التّقاضي...وذلك دون النّظر في موضوع النّزاع"

وتبدو أهميّة التّمييز بين الدّفوع الشكليّة والدّفوع الموضوعيّة في أنّ هذه الأخيرة يجوز إبـــداؤها في أي حالة تكون عليها الدّعوى بخلاف الأولى فيجب إبداؤها قبل الخوض في الموضوع[1]، ويتميّز الدّفع بعدم القبول عن الدّفع الموضوعي بأنّه لا ينصبّ على أصل الحقّ أي الحقوق والمراكز القانونية المدّعى بها رغم أنّه يشـــترك معه في إمكانية إبدائه في أيّ حالة تكون عليها الدّعوى، كما يتميّز عن الدّفع الشّكليّ بأنّه يتّجـــه إلى نفـــي صلاحيّة الموضوع أن يكون محلا للنشاط القضائي لعدم الأحقّية في الدّعوى ذاتها رغم أنّه يشـــترك معـــه في قصده إلى منع المحكمة عن نظر الموضوع[2].

ولعلّ من التّعابير الميسّرة لفهم الدّفع بعدم القبول أن يُقال أنّه يحتلّ مكانا وسطا بين الدّفع الإجرائـــيّ والدّفع الموضوعيّ، إذ أنّه يثير مسألة إجرائيّة تتعلّق بالموضوع، إذ يكشف عن عدم صـــلاحيّة الادّعـــاء لأن يكون محلاّ لعمل قضائيّ يفصل في موضوعه، وهو بذلك يختلف عن الدّفوع الإجرائيّة التي تثير مسألة إجرائيّة بحتة، كما يختلف عن الدّفوع الموضوعيّة التي تثير مسألة موضوعيّة بحتة[3].

---

(1) انظر: علي عوض حسن، **الدّفع بعدم جواز نظر الدّعوى**...ص12.

(2) انظر: أحمد ماهر زغلول، **أعمال القاضي**... ص193-196.

(3) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضي وقوّته**...ص95؛ أحمد ماهر زغلول، نفسه، ص198-199.

المطلب الثّاني: مفهوم الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ وطبيعته في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يرتّب صدور الحكم القضائيّ الفاصل في الموضوع أثرين، أحدهما إيجابيّ والآخر سلبيّ, ويتمثّل الأثر السّلبيّ في عدم جواز رفع نفس الدّعوى بعد سابقة الفصل فيها، ويكون للمدّعى عليه دفع الدّعوى الجديدة بسبق الفصل فيها، وهو المعنى الّذي يمكن بيانه في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: مفهوم الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الثّاني: طبيعة الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: مفهوم الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يعتبر الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ أحد صور الدّفع عموما، وقد سبقت الإشارة إليه في البحث في أكثر من موضع، وأحاول هنا تحديد مفهومه في كلّ من الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ على النّحو التّالي:

أوّلا: مفهوم الدّفع بحجيّة الحكم القضائي في الشّريعة الإسلاميّة.

الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة يجد سنده في النّصوص المانعة من نقض الحكم القضائيّ، بحيث لا يجوز للقاضي أن يتعرّض لأحكام غيره بالنّقض والإبطال، ويُعتبر اجتهاد القاضي المتّصل بالقضاء راجحا على كل اجتهاد في عين المسألة المحكوم فيها بعد ذلك[1]، وذلك لإجماع الصّحابة رضي الله عنهم على عدم نقض الاجتهاد بالاجتهاد[2].

ويعتبر تحقيق أثر حجيّة الحكم القضائيّ بمنع إعادة نظر النّزاع واجبا مشتركا بين القاضي والخصوم، ولهذا فإنّه من حقّ الخصوم أن يدفعوا الدّعوى بسبق الفصل فيها متى اشتركت الدّعوى الجديدة مع الدّعوى المحكوم فيها في عناصرها، ويظهر دور الخصوم أساسيّا في منع إعادة طرح النّزاع بإثارة الدّفع بسبق الفصل، وذلك أنّ القاضي كثيرا ما يخفى عليه كون المسألة سبق فيها حكم إذا لم يتمسّك بذلك الخصوم.

---

(1) انظر: الزّيلعي، **تبيين الحقائق**...ج4 ص188.

(2) انظر: السّيوطيّ، **الأشباه والنظائر**... ص101؛ ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ص105.

ثانيا: مفهوم الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في القانون الوضعيّ.

الدّفع بحجيّة الحكم القضائي أو بسبق الفصل هو دفع يتمسّك فيه صاحبه بسبق صدور حكم في الدّعوى قاصدا من ذلك حجب المحكمة عن نظر الدّعوى[1].

وذلك أنّ صدور الحكم القضائيّ الفاصل في الموضوع يرتّب أثرين أحدهما إيجابيّ والآخر سلبيّ, فأمّا الأثر الإيجابيّ فيتمثّل في الاحترام الذّي يجب أن يحوزه الحكم بحيث يصحّ أن يتمسّك به المدّعي في دعوى جديدة للمطالبة بحقوق تستند على ما قضى به، ويكون واجبا على القاضي الاعتداد به والتّسليم بما ورد فيه من فصل في الموضوع، وأمّا الأثر السّلبي فيتمثّل في عدم جواز رفع نفس الدّعوى بعد سابقة الفصل فيها، ويكون للمدّعى عليه دفع الدّعوى الجديدة بسبق الفصل فيها، ويكون واجب القاضي الامتناع عن نظرها متى ثبت لديه أنّ عناصر الدّعوى المعروضة عليه هي ذاتها المحكوم فيها، وهذا لأنّ المسألة المحكوم فيها لا تكون محلاّ لنشاط قضائي يناقشها مجدّدا بإجراءات مبتدأة[2].

ويظهر الدّفع بسبق الفصل باعتباره الأثر الأهمّ لحجيّة الحكم القضائيّ والمظهر الأكثر شيوعا من حيث الاستعمال، بل إنّ النصوص التي شرعت مبدأ الحجيّة قد عنته أساسا، من ذلك ما نصّت عليه المادّة 338 من القانون المدني الجزائري والمادّة 101 من قانون الإثبات المصريّ والمادّة 116 من قانون المرافعات المصريّ والمادّة 1351 من القانون المدنيّ الفرنسيّ.

وهو نفس ما نجده في المادّة الجنائيّة، من ذلك ما نصّت عليه المادّة 2/311 من قانون الإجراءات الجزائيّة الجزائريّ والمادّة 454 من قانون الإجراءات الجنائيّة المصريّ والمادّة 368 من قانون الإجراءات الجزائيّة الفرنسيّ، لذلك يعدّ الدّفع بعدم جواز نظر الدّعوى لسبق الفصل فيها الوجه العمليّ لحجيّة الشيء المحكوم فيه[3]، ويُعتبر الوظيفة الأولى لحجيّة الشّيء المقضيّ تاريخيا منذ القانون الرّومانيّ[4].

ويعتبر الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ بما تقدّم بيانه مُكنة يوفّرها القانون للمدّعى عليه يتمسّك فيها بحجيّة الحكم القضائيّ لدفع دعوى خصمه، فيكون للمدّعى عليه في الدّعوى المدنيّة أن يتمسّك بحجيّته لدفع دعوى خصمه ما دامت قد اتّحدت مع الدّعوى المحكوم فيها بينهما سابقا في عناصرها المحدّدة في المادّة 338 من القانون المدني الجزائري، ويكون للشّخص المتابع في الدّعوى الجزائيّة أن يتمسّك بحجيّته لدفع المتابعة نظرا

(1) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضي**... ص94؛ علي عوض حسن، **الدّفع بعدم جواز تظر الدّعوى**... ص14؛ السّنهوري، **الوسيط**، ج2 ص635.

(2) انظر: أحمد ماهر زغلول، **الحجيّة الموقوفة**...ص10.

(3) انظر: عبد الحكم فوده، نفسه، ص13.

(4) Perrot. *op. cit.*, p.2.

لانقضاء الدّعوى العمومية بالحكم فيها نهائيا عن نفس الوقائع ولنفس الشّخص المتابع وفق ما تنصّ عليه المادة 2/311 من قانون الإجراءات الجزائيّة.

الفرع الثاني: طبيعة الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

أوّلا: طبيعة الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

يُعتبر الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة دفعا بعدم القبول أو بعدم السّماع على تعبير الفقهاء، وهذه الحقيقة يمكن بلوغها انطلاقا من قضيتين أساسيتين:

1. أنّ الفقهاء قد أوجبوا على القضاة الامتناع عن نظر الدّعوى متى تبيّن لهم سبق الفصل فيهان وعبّروا عن ذلك بالامتناع عن سماع الدّعوى، من ذلك قول ابن فرحون: "والعادل العالم لا يتعرّض لأحكامه إلاّ على وجه التجويز لها إن عرض فيها عارض بوجه خصومة"[1]، وقد سئل الإمام مالك: "أرأيت إن ولي القضاء رجل، أينظر في قضاء القضاة قبله؟ قال: "لا يعرض لقضاء القضاة قبله إلاّ أن يكون جورا بيّنا"[2]، فعدم التعرّض لقضاء القضاة ليس أساسه النّظر في طلبات الخصوم ولا ما سلكوه من إجراءات، بل امتناع مبدئيّ عن نظر تلك الدّعاوى المفصول فيها.

والمتأمّل في الحديث النبويّ في قوله ﷺ: "لا يقضين أحد في قضاء بقضائين"[3] يجد أنّ الامتثال لنهي النبيّ ﷺ بالامتناع عن إيجاد قضاء ثان في المسألة إنّما يكون بالامتناع عن سماعها، وعدم قبولها من رافعها بغضّ النّظر عن أحقيته أو عدمها في طلباته وسلوكه الإجراء السّليم في رفعها أم لا.

وكذلك فإنّ مقولة عمر رضي الله عنه: "تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا"[4] تدلّ على أنّ ما سبق الفصل فيه يعتبر أمرا من الماضي الذّي لا يجوز بعثه بإعادة النظر فيه، وهذا الامتناع عن نظره مسألة مبدئيّة لا تتعلّق بصواب أو خطأ وسلوك إجراء أو عدم سلوكه.

---

(1) انظر: **التّبصرة**، ج1 ص74.

(2) انظر: مالك، **المدوّنة**، ج4 ص78.

(3) سبق تخريجه ص 55 من هذا البحث

(4) سبق تخريجه ص 55 من هذا البحث.

فتبيّن ممّا تقدّم أنّ أحد الخصوم لو دفع بحجيّة الحكم القضائيّ دعوى خصمه فإنّـــه لا يفنّـــد طلباتـــه الموضوعيّة ولا ينتقد الإجراءات التي سلكها في الدّعوى الجديدة، بل يطلب من القاضي الامتناع عن سماعها وعدم قبول نظرها لسبق الفصل فيها.

2. أنّ الفقهاء قد صاغوا شروط صحّة الدّعوى و لم يذكروا ضمنها عدم سبق الفصل ممّا يدلّ على أنّ هذا الشّرط خارج عن صحّة الدّعوى لا من حيث شكلها ولا موضوعها، بل هو شرط لقبول نظرها يتعلّق بأمر خارج عنها متمثّل في عدم سبق الفصل فيها، فقد اشترط الفقهاء لصحّة الدعوى شروط ملخّصها[1]:

- أهلية المدّعي والمدّعى عليه للخصومة بأن يكونا بالغين عاقلين، وإلاّ مُثّل فاقد الأهلية منـــهما بـــوليّ أو وصيّ.
- أن يكون له صفة في المخاصمة، بأن يكون قائما عن نفسه أو ممثلا لغيره بولاية أو وصاية أو وكالة.
- أن تكون الدّعوى معلومة بأن يكون المطلوب معلوما، فلو قال:لي عليه شيء، و لم يحدّده فلا تصحّ.
- أن تتضمّن ادّعاءً لو أقرّ به لزمه، فلو تضمّنت ادّعاء هبة له من خصمه مع إمكانيّة رجوعه شرعا عنها لم تصح.
- أن يتعلّق بالدّعوى حكم أو غرض صحيح، أي تعود بنفع على المدّعي لو ثبت ما يدّعيه، وإلاّ فلا تصحّ.
- أن تكون الدّعوى محقّقة في نظر المدّعي، فلا تصحّ بقوله: أظنّ أنّ لي عليه دينا.
- أن تكون الدّعوى ممّا لا تشهد العادة والعرف بكذبها، كأن يدّعي بنوّة ممن يقاربه سنا، فلا تصحّ.
- أن يكون المدّعى عليه معلوما بشخصه.
- أن يكون الأمر المدّعى به مشروعا.

وكلّ هذه الشروط لا تعدو أن تكون متعلّقة بموضوع الدّعوى، و لم تتعرّض لشرط عدم سبق الفصل ممّا يؤكّد أنّ الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ هو دفع بعدم قبول الدّعوى بغضّ النظر عن صحّتها.

ثانيا: طبيعة الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في القانون الوضعيّ.

يتّجه غالب الفقه إلى اعتبار الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ من الدّفوع بعدم القبول، وهذا لا يمنـــع مـــن وجود من يرى إدراجها في الدّفوع الشكليّة أو الموضوعيّة، وبيان ذاك باختصار على النحو التّالي[2]:

---

(1) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص108-111؛ الشّـــربيني، **مغـــني المحتـــاج**...ج4 ص464-465؛ ابـــن قدامـــة، **المغـــني**، ج11ص448-449؛ الطّرابلسيّ، **معين الحكّام**...ص54-55؛.

(2) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظريّة الدّفوع في قانون المرافعات**، منشأة المعارف، الإسكندريّة، مصر، ص241-243.

الاتّجاه الأوّل: الدفع بحجيّة الحكم القضائي من الدّفوع الإجرائيّة. يتّجه جانب من الفقه إلى اعتبار الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ من الدّفوع الإجرائيّة الجوهريّة وهذا نظرا للصّلة الوثيقة بمبدأ الحجيّة والّذي يعتبرها قرينة قانونيّة تستعمل كطريق للإثبات خاصّة بالنّظر إلى إدراج القانون للحجيّة ضمن القرائن القانونيّة[1]، وبالتّالي فإنّ الدّفع بها دفع بوسائل الإثبات فيكون من الدّفوع الإجرائيّة، كما يستدلّ على ذلك بقياسها على الدّفع بالإحالة وهو من الدّفوع الإجرائيّة حيث يشترك الدّفعان في الشّروط المتمثّلة في وحدة الموضوع والخصوم والسّبب، ويتضمّن دفع الدّعوى بإحالتها إلى الجهة القضائيّة التي تنظر الدّعوى الأخرى.

إلاّ أنّ ما اعتمده هذا الاتّجاه لا يمكن التّعويل عليه، إذ أنّ الفقه الحديث يتّجه إلى اعتبار حجيّة الحكم القضائيّ قاعدة موضوعيّة لا قرينة قانونيّة[2]، كما أنّ قياس الدّفع بالحجيّة على الدّفع بالإحالة قياس مع الفارق، إذ أنّ الأوّل لا يّثار إلاّ في حالة وجود حكم قطعي فاصل في الموضوع، بخلاف الدّفع بالإحالة فيكون قبله.

الاتّجاه الثّاني: الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ من الدّفوع الموضوعيّة. يذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار هذا الدّفع من الدّفوع الموضوعيّة وهذا نظرا لأنّ قبول المحكمة له أو رفضه يتضمّن البحث في موضوع الدّعوى وطلبات الخصوم للتأكّد من أنّ الدّعوى الجديدة تكرار للدّعوى السّابقة أم لا، كما يستدلّ هذا الاتّجاه على إيراد النّصوص المقرّرة للحجيّة في القوانين المدنيّة[3] ممّا يدلّ على طبيعتها الموضوعيّة، بل ويجد هذا الاتّجاه المحضن الخصب في التّشريع الذّي يشترط إثارة الحجيّة من قبل الخصوم، ويمنع المحكمة من ذلك كسائر الدّفوع الموضوعيّة وهو ما فعلته المادّة 338 من القانون المدنيّ الجزائريّ.

ويبدو ما اعتمده هذا الاتّجاه غير كاف للقول بكون الدّفع بسبق الفصل من الدّفوع الموضوعيّة، وذلك أنّ نظر الدّعوى وطلبات الخصوم يكون المقصود منه مجرّد التأكّد من تطابقها مع موضوع الدّعوى المحكوم فيها وطلبات الخصوم، وليس قصد بحثها، كما أنّ المعيار الشّكليّ في تحديد نوع القاعدة بموضع إيرادها في التّشريع غير كاف بدليل أنّ المشرّع المصريّ عاد فأدرج قاعدة الحجيّة ضمن قانون الإثبات وقانون المرافعات عكس ما كان عليه الحال قبل صدورهما، فالعبرة بمضمون القاعدة وما تحتويه من أحكام.

---

(1) انظر: علي عوض حسن، **الدّفع بعدم جواز نظر الدّعوى**...ص13.

(2) انظر: السّنهوري، **الوسيط**...ج2 ص630؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص 24؛ مصطفى مجدي هرجه، **قانون الإثبات**... ص627.

(3) نصّت عليها المادّة 338 من القانون المدنيّ الجزائريّ، والمادّة 1351 من القانون المدنيّ الفرنسيّ، وكذا المادّة 405 القانون المدنيّ المصريّ قبل إيرادها في قانون الإثبات المادّة 101 وقانون المرافعات المادّة 116 منه.

وأمّا اشتراط إثارة الحجيّة والدّفع بها من قبل الخصوم وعدم إمكان ذلك من طرف المحكمة في المادّة المدنيّة فهو محجوج بتعلّق الدّفع بها بالنّظام العامّ في القانون الجنائيّ وفق اجتهاد المحكمة العليا، إذ قضت "إنّ الدّفع بحجيّة الشّيء المقضي به في المواد الجنائيّة قاعدة من النّظام العامّ"[1]، بل إنّ الرّأي الرّاجح هو اعتبار الحجيّة من النّظام العامّ حتّى في المادة المدنيّة[2]، ولهذا قرّرت المادّة 101 من قانون الإثبات المصريّ والمادّة 116 من قانون المرافعات المصريّ بأنّ للمحكمة أن تقضي بالحجيّة والدّفع بها من تلقاء نفسها.

الاتّجاه الثّالث: الدّفع بسبق الفصل دفع بعدم القبول. يذهب الرأي الرّاجح في الفقه إلى اعتبار الدّفع بسبق الفصل من الدّفوع بعدم القبول[3]، ذلك أنّ الدّفع بسبق الفصل لا ينصبّ على أصل الحق وموضوع الدّعوى كما لا ينصرف إلى الإجراءات التي تمّت مباشرة الخصومة بواسطتها، بل يهدف إلى إنكار الحقّ في رفع الدّعوى أساسا، وهو المعيار الأهمّ لمعرفة طبيعة هذا الدّفع.

وقد نصّت المادّة 06 من قانون الإجراءات الجزائيّة الجزائريّ على أنّ صدور حكم حائز لقوّة الشّيء المقضيّ يكون سببا لانقضاء الدّعوى، وبالتّالي عدم قبول تحريكها ومباشرتها مرّة أخرى، وعلى هذا فيجوز إثارة الدّفع بسبق الفصل من طرف النّيابة العامّة بحيث يتمّ حفظ الدّعوى أو من جهة التّحقيق بحيث يُقضى بانتفاء وجه الدّعوى.

ويترتّب عن اعتبار الدّفع بسبق الفصل من الدّفوع بعدم القبول في الدّعاوى المدنيّة أو الجزائيّة إمكانية إبداء الدفع في أيّة حالة كانت عليها الدّعوى، فهي غير محكومة بوجوب الإبداء قبل البحث في موضوع الدّعوى كما هو الحال بالنسبة للدّفوع الشّكليّة، كما يجوز عرضها في مرحلة الاستئناف لأوّل مرّة لأنّها غير محكومة بعدم جواز تقديم طلبات جديدة خلالها إذا لم تكن قد قدّمت من قبل، بل يجوز عرضها أوّل مرّة أمام المحكمة العليا (محكمة النّقض) إذ أنّ لها سلطة الرّقابة على توافر شروط الدّفع أم لا ما دام الحكم الصّادر بقبول أو رفض الدّفع مؤسسا على توافرها من عدمه[4].

(1) جنائي 29 أفريل 1969، **نشرة القضاة**، 1970، العدد3، ص56.

(2) انظر: إدوار غالي الذهبيّ، **حجيّة الحكم الجنائي**... ص73.

(3) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظرية الدّفوع**...ص20؛ أحمد ماهر زغلول، **أعمال القاضي**...ص204.

(4) صرّحت المادّة 67 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة بأنّ الدّفع بحجيّة الشّيء المقضيّ فيه دفع بعدم القبول، كما نصّت المادّة 68 منه على أنّه "يمكن إثارة الدّفع بعدم القابليّة في أيّة مرحلة كانت عليها الدّعوى حتّى في حالة انعدام أيّ ضرر"

المطلب الثّالث: تعلّق الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ بالنّظام العامّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

للحديث عن تعلّق الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ بالنّظام العامّ وثيق الصّلة بالحديث عن تعلّق الحجيّة بالنّظام العامّ على اعتبار أنّ الدّفع بها مظهر من مظاهر آثارها، وقد سبق التعرّض لذلك في موضعه فيكون الحديث هنا تذكيرا بما سبق قوله، وتفصيلا لما سبق إجماله[1]، وبناء عليه سأعرض لهذا المطلب بشكل مختصر في فرعين على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: تعلّق الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ بالنّظام العامّ في الشّريعة الإسلاميّة.

الفرع الثّاني: تعلّق الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ بالنّظام العامّ في القانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: تعلّق الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ بالنظام العامّ في الشّريعة الإسلاميّة.

سبق التعرّض لمفهوم النّظام العامّ في الشّريعة الإسلاميّة، وكذا اعتبار فكرة النّظام العامّ في القول بحجيّة الأحكام، ولهذا سأركّز هنا على بيان تعلّق الدّفع بهذه الحجيّة بالنّظام العامّ، ويبدو جليّا واضحا من خلال نقطتين أساسيتين هما:

1. أنّ عدم جواز إعادة نظر ما سبق الفصل فيه بدعوى مبتدأة ثابت بنصوص تدلّ على ذلك، منه قول النبيّ ﷺ:"لا يقضينّ أحد في قضاء بقضائين"[2]، إذ أنّ الحديث تضمّن نهيا صريحا عن التعرّض للمسألة التي سبق الحكم فيها، ولا يقتصر الأمر على عدم قضاء قاض معيّن في المسألة مرّة أخرى بعد قضائه فيها أوّلا، لأنّ علّة النّهي فيها هو دفع ما ينجرّ عن إعادة القضاء في المسألة المقضيّ فيها، وهذا أمر متحقق متى أعيد نظر المسألة بعد الفصل فيها من نفس القاضي أو غيره من القضاة ، فدلّ الحديث بذلك على النّهي عن كلّ قضاء في مسألة سبق فيها الفصل.

كذلك ما رواه الشّعبيّ قال: "كان رسول الله ﷺ يقضي بالقضاء، ثمّ يترل القرآن بغير الذي قضى فلا يردّ قضاءه ويستأنف"[3]، فقد دلّت هذه الرّواية على السنّة الفعليّة للنّبيّ ﷺ حيث لم يكن يردّ أو ينقض ما

---

(1) انظر ص 149-157 من هذا البحث.

(2) سبق تخريجه ص 55 من هذا البحث.

(3) سبق تخريجه ص 98 من هذا البحث.

سبق الفصل فيه، وهو ما يدلّ على عدم جواز إعادة نظره رغم أنّ الحالة هنا هو كون الحكم الشّرعيّ الذّي استند عليه الحكم القضائيّ السّابق أصبح منسوخا بحكم شرعيّ جديد.

وهذا المعنى هو الذّي تعكسه التّطبيقات المتكرّرة للصّحابة رضي الله عنهم في عدم ردّهم للقضاء بعد صدوره وعدم نقضهم إيّاه وعدم نظر ما سبق الفصل فيه[1].

2. أنّ الخطاب في النّصوص المانعة من إعادة نظر الدّعوى بعد سبق الفصل فيها متوجّه أساسا للقضاة، وبالتّالي فهم المعنيون ابتداء باجتناب هذا النّهي وذلك بالامتناع عن نظر أيّة دعوى سبق الفصل فيها، فإنّ الحديث الأوّل نهي للقضاة أن يوجدوا قضائين في قضاء واحد، كما أنّ الحديث الثّاني دالّ على سنّة فعليّة للنبيّ صلى الله عليه وسلم على اعتبار كونه قاضي المسلمين.

فتبيّن ممّا تقدّم تعلّق الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة بالنّظام العامّ، وهذا لتعلّق ذلك بالنّصوص النّاهية عن إعادة نظر الدّعوى والقضاء فيها، سواء أكان ذلك بطلب الخصوم أم لا، إذ أنّ مجرّد علم القاضي بوجود قضاء في المسألة يكون مانعا شرعيّا من إعادة نظرها، بل إنّ سعي الخصوم نحو إيجاد قضاء ثان في مسألة سبق القضاء فيها منهيّ عنه بناء على قاعدة ما أفضى إلى محرّم فهو محرّم.

كما يظهر تعلّقه بالنّظام العامّ من خلال وجوب إثارة القاضي للحجيّة من تلقاء نفسه، إذ أنّه يحرم على القاضي نقض حكم غيره لاختلاف الاجتهاد كما سبق بيانه في هذا البحث[2].

الفرع الثّاني: تعلّق الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ بالنّظام العامّ في القانون الوضعيّ.

لا خلاف في تعلّق الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في المسائل الجزائيّة بالنّظام العامّ، وهذا لانعقاد الإجماع على أنّ حجيّة الأمر المقضيّ من النّظام العامّ في المسائل الجزائيّة[3]، ذلك أنّ الحكم الجنائيّ يصدر باسم المجتمع كافّة ولمصلحته العامّة، وللمجتمع تمثيل في المحاكم الجنائيّة، ولهذا فإنّ من يدفع بحجيّة الحكم القضائيّ السّابق دعوى جديدة ينطلق من ذات المنطلق الرّاعي لحجيّة الحكم الجنائيّ ولنفس المبرّرات.

---

(1) انظر هذه التّطبيقات في ص 102-106 من هذا البحث.

(2) انظر ص 36-38 من هذا البحث.

(3) انظر: السّنهوريّ، **الوسيط**...ج2 ص641-642؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضي**...ص27؛ إدوار غالي الذّهبيّ، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص72.

وتقوم النّصوص التي تعتبر صدور الحكم القضائيّ الحائز لقوّة الأمر المقضيّ سببا لانقضاء الدّعوى العموميّة دليلا كافيا على أنّ الدّفع بحجيّة الحكم الجنائيّ يتعلّق بالنّظام العامّ[1] وأنّ للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها وأنّ للخصوم إبداؤه في أيّة مرحلة كانت عليه الدّعوى.

وعلى خلاف ذلك فإنّ جانبا كبيرا من الفقه يذهب إلى اعتبار الدّفع بسبق الفصل في المسائل المدنيّة لا يتعلّق بالنّظام العام[2]، ويتمسّك في ذلك بأنّ الدّفع إنّما قرّر لمصلحة الخصوم[3] وأنّه باعتبار كونه قرينة لا يعدو أن يكون وسيلة إثبات يمكن الاتّفاق على خلافها.

إلاّ أنّ هذا الاتّجاه جوبه بأنّ المصلحة التي ترعاها قاعدة الحجيّة مصلحة عامّة تتمثّل في استقرار المراكز القانونيّة ومنع تجديد النّزاع وإضفاء الاحترام على الأحكام القضائيّة، كما أنّ الحجيّة قرينة مطلقة لا يجوز إقامة الدّليل على عدم صحّتها، وبالتّالي فإنّ الدّفع بها خليق بأن يُعدّ متعلّقا بالنّظام العامّ لرعايته لنفس المصالح وقيامه على ذات القرينة المطلقة.

وقد حاول هذا الاتّجاه التخلّص من هذه المآخذ بالتّمييز بين قاعدة حجيّة الشّيء المقضيّ فيه والدّفع بها، فالحجيّة من النّظام العامّ على اعتبار أنّها قاعدة مصلحة عامّة لا يجوز للأطراف الاتّفاق على خلافها، ولا تُدحض بالإقرار ولا باليمين لكونها قرينة قانونيّة قاطعة بينما الدّفع بها قاصر على الأطراف وبالتّالي لا يمكن التّسليم بتعلّقه بالنّظام العامّ[4].

وقد ذهب اتّجاه ثان إلى اعتبار الدّفع بسبق الفصل في المسائل المدنيّة متعلّقا بالنّظام العامّ على اعتبار أنّ الغاية من تقرير مبدأ الحجيّة في المادّة المدنيّة هو تحقيق مصالح عامّة تتعلّق بمنع تجدّد الخصومات وقيام أحكام متعارضة حفظا لمصلحة جوهريّة للمجتمع وهي الحاجة إلى استقرار الأوضاع القانونيّة[5]، فيكون الدّفع بهذه الحجيّة خليقا بأن يتعلّق بالنّظام العامّ.

والمتأمّل في النّتائج التي تنجرّ عن القول بعدم تعلّق الدّفع بسبق الفصل بالنّظام العامّ في المسائل المدنيّة يدرك ضرورة تلافيها بترك القول به، وتتمثّل في إمكانيّة تنازل الخصوم عن التمسّك به بعدم إبدائه على اعتبار أنّه وسيلة إثبات ممّا يفتح المجال لاستصدار أحكام مختلفة حول نفس النّزاع، وكذلك عدم جواز إبداء

(1) المادّة 6 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

(2) انظر: السّنهوريّ، **الوسيط**...ج2 ص642.

(3) انظر: يحيى بكوش، **أدلّة الإثبات**... ص404-405.

(4) انظر: السّنهوريّ، نفسه، ج2 ص643.

(5) انظر: إدوار غالي الذهبيّ، **حجيّة الحكم الجنائي**...ص73.

هذا الدّفع على اعتباره دفعا موضوعيّا أمام محكمة الاستئناف لأوّل مرّة لعدم إمكانيّة تقديم طلبات جديدة في الاستئناف، وبالتّالي عدم إمكانيّة إبدائه أمام المحكمة العليا لعدم إبدائه أمام محكمة الدّرجة الأولى أو عدم التّمسّك به أمام محكمة الاستئناف مما يفوت على الخصوم فرصة الدّفع بمجرّد عدم استعماله أمام محكمة الدّرجة الأولى، وأخيرا امتناع المحكمة عن إثارته من تلقاء نفسها إذا لم يثره الخصوم.

ممّا يعني أن تغضّ الطّرف عمّا أصدرته هي أو غيرها من المحاكم من أحكام رغم أنّ هدف مبدأ حجيّة الأحكام القضائيّة قائم على توفير الاحترام والتّسليم لأحكام القضاء.

لأجل هذه النتائج فقد عدل القانون المصريّ إلى القول بحقّ المحكمة في إثارة حجيّة الحكم من تلقاء نفسها، حيث تنصّ المادّة 101 من قانون الإثبات على أنّه "...وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها" بعد أن كانت المادّة 405 من القانون المدني تنصّ على أنّه "...لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها".

بينما ظلّ القانون الجزائريّ يراوح مكانه حيث لا تجيز المادّة 338 من القانون المدنيّ للمحكمة الأخذ بحجيّة الحكم من تلقاء نفسها حيث تنصّ على أنّه "...لا يجوز أن تأخذ المحكمة بهذه القرينة من تلقاء نفسها" كما سار الاجتهاد القضائي على نفس السّبيل حيث قضت المحكمة العليا بأنّه "من المقرّر قانونا أنّه لا يجوز للقضاة أن يأخذوا بقرينة حجيّة الشّيء المقضيّ فيه تلقائيّا، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خطأ في تطبيق القانون، ولّما كان الّثابت أنّه لا يوجد أيّ دفع من أحد الأطراف بحجيّة الشّيء المقضي فيه فإنّ قضاة الاستئناف بأخذهم تلقائيّا بهذه القرينة فإنّهم بقضائهم هذا أخطأوا في تطبيق القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه"[1].

وما يعاب على نصّ المادّة 338 من القانون المدنيّ الجزائريّ أنّه يعتبر حجيّة الأمر المقضيّ من جهة قرينة قانونيّة لا تقبل إثبات العكس، ومن جهة أخرى يمنع المحكمة من الأخذ بها تلقائيّا ممّا يوقعه في تناقض حول قيمة هذه القرينة ويفتح المجال لتناقض الأحكام.

وإذا كان قد ترجّح اعتبار الدّفع بسبق الفصل من الدّفوع بعدم القبول وليس دفعا إجرائيّا ولا موضوعيّا فإنّ اعتباره من النّظام العامّ يضحى أمرا واجبا خاصّة وأنّ المادّة 233 من قانون الإجراءات المدنيّة يجعل أحد الأوجه التي يُبن عليها الطّعن بالنّقض هي حالة "تناقض الأحكام النّهائيّة الصّادرة من محاكم مختلفة".

خلاصة مقارنة

---

(1) نقض مدنيّ، طعن رقم 34931، قرار بتاريخ: 30-10-1985، **المجلة القضائيّة**، العدد 04، 1989م، ص68.

ختاما لمبحث "ماهية الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعي" يتبـيّن أنّ هناك نقاطا للاتّفاق خاصّة ما تعلّق بمفهوم الدّفع عامّة ومفهوم الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ وطبيعته، بينمـا هناك اختلاف واضح فيما يخصّ تعلّق الدفع بحجيّة الحكم القضائيّ بالنّظام العامّ، ويمكن توضـيح ذلـك في النّقاط التّالية:

1- يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة في تحديد مفهوم الدّفع عامّة بأنّه مجموع الوسائل الّتي يستعين بها الخصم قصد ردّ دعوى خصمه، وهو يختلف عن الدّفاع الذّي ينصرف معناه إلى ما يسند به الخصم لتعزيز عناصر ادّعائه أمام المحكمة، على اعتبار أنّ هذا الأخير لا يضيف جديدا إلى وقائع النّزاع وللقاضي توجيه الخصوم إلى وسائل الدّفاع عكس الدّفوع التي قد تضيف جديدا إلى وقائع النّزاع ولا يملك القاضي توجيه الخصوم إليها.

2- يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة في تحديد أنواع الدّفوع، ورغم أنّ فقه الشّريعة لم يعرف في مصادره الأولى التّقسيم المعتمد لأنواع الدّفوع كما يحدّده فقه القانون الوضعيّ الحديث، إلاّ أنّه عرف هذا الأنواع في مضامينها، ولهذا فقد اعتمد جملة من الباحثين المعاصرين في فقه الشريعة هذا التّقسيم.

3- يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة في تحديد مفهوم الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ من أنّه دفع يتمسّك به صاحبه بسبق صدور حكم في الدّعوى، ويكون مقصده هو عدم نظر المحكمة لها، ويجد مفهوم هذا الدّفع مستنده في القاعدة المعلومة في فقه القضاء الشرعيّ "الاجتهاد القضائيّ لا يُنقض باجتهاد آخر" والقاعدة "عدم نقض الأحكام القضائيّة"، ولمّا كان تطبيق هاتين القاعدتين من اختصاص القاضي كان للخصوم تنبيهه بسبق الفصل في الدّعوى حفظا لحقوقهم المستقرّة بالحكم الأوّل.

4- يتّفق القانون الوضعيّ في اتّجاهه الغالب مع الشّريعة الإسلاميّة في تحديد طبيعة الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ من أنّه دفع بعدم قبول الدّعوى، ولئن كان هذا الأمر مستقرّا في فقه الشّريعة على اعتبار أنّ القضاة ملزمون بالامتناع عن نظر الدّعوى المحكوم فيها بنصّ حديث النّبيّ ﷺ:"**لا يقضينّ أحد في قضاء بقضائين**"[1]، وإعمالا لقاعدتي "عدم نقض الاجتهاد بمثله" و"عدم نقض الأحكام" بغضّ النّظر عن أدلّة الخصوم وإجراءاتهم في الدّعوى الجديدة، فإنّ الأمر لا يبدو على ذات الدّرجة من الاستقرار نظرا للاختلاف الفقهيّ حول طبيعة هذا الدّفع، هل هو دفع إجرائي أم موضعي أم دفع بعدم القبول؟

(1) سبق تخريجه ص 55 من هذا البحث.

ورغم اتجاه غالب الفقه إلى ترجيح كونه دفعا بعدم القبول وترجّح ذلك وفق ما سبق أن بيّنت عند التعرّض لطبيعة الدّفع بحجيّة الحكم القضائي في القانون الوضعي فقد كان لهذا الاختلاف أثره في تحديد وقت إبداء الدّفع كما سبق بيانه.

5- يختلف القانون الوضعيّ عن الشّريعة الإسلاميّة في تحديد تعلّق الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ بالنّظام العامّ، فبينما تقرّر الشّريعة الإسلاميّة بما لا يدع مجالا للشكّ أنّ واجب الامتناع عن نظر الدّعوى بعد سبق الفصل فيها موجّه أساسا للقضاة قبل الخصوم، بحيث لا يجوز لهم سماعها ونظرها وإلاّ خالفوا النّهي الصّريح، ويكون واجبهم إثارة الحجيّة من تلقاء أنفسهم دون توقّف على دفع الخصوم بها، فإنّ القانون الوضعيّ قد ميّز بين المسائل المدنيّة والمسائل الجزائيّة في هذا الصّدد، بحيث يتّفق الفقه والتّشريع على أنّ للمحكمة أن تثير حجيّة الحكم من تلقاء نفسها وأنّ للخصوم إبداء الدّفع في أيّة مرحلة كانت عليها الدّعوى ما دامت تتعلّق بالمسائل الجزائيّة، وعلى العكس من ذلك فإنّ جانبا كبيرا من الفقه يذهب إلى اعتبار الدّفع بسبق الفصل في المسائل المدنيّة لا يتعلّق بالنّظام العامّ على اعتبار أنّه مقرّر لمصلحة الخصوم وأنّه لا يعدو أن يكون وسيلة إثبات يمكن الاتّفاق على خلافها، وهو ما يعتمده القانون المدني الجزائري في نصّ المادّة (338) منه، حيث يمنع المحكمة من إثارة الحجيّة من تلقاء نفسها، وقد ترجّح كما سبق ذكره القول بتعلّق الدّفع بحجيّة الأحكام المدنيّة بالنّظام العامّ نظرا لرعايته المصلحة العامّة باستقرار المراكز القانونيّة ومنع تجديد النّزاع وإضفاء الاحترام على الأحكام القضائيّة وهي مصالح أهمّ وأوكد من المصالح المقرّرة للخصوم.

فتبيّن أنّ منهج الشّريعة الإسلاميّة أوفى وأحكم في تحقيق المصالح ورعايتها.

المبحث الثّاني: شروط الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يُشترط للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في المادّة المدنيّة توفّر وحدة ثلاثيّة للموضوع والسّبب والأطراف، وهو ما نصّت عليه المادّة 338 من القانون المدنيّ الجزائريّ من أنّ "الأحكام الّتي حازت قوّة الشّيء المقضيّ به تكون حجّة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أيّ دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجيّة إلاّ في نزاع قام بين **الخصوم أنفسهم**، دون أن تتغيّر صفاتهم وتتعلّق بحقوق لها نفس **المحلّ والسّبب**، ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيّا".

كما نصّت المادّة 101 من قانون الإثبات المصريّ على أنّ "... لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجيّة إلاّ في نزاع قام بين **الخصوم أنفسهم**، دون أن تتغيّر صفاتهم وتتعلّق بذات الحقّ **محلاّ وسببا**، كما نصّت المادّة 1351 من القانون المدني الفرنسيّ على أنّ "حجيّة الأمر المقضي لا تنصرف إلاّ لما كان محلاّ للحكم، يجب أن يكون **الشيء المطلوب ذاته**، ويكون الطّلب مؤسّسا على ذات **السّبب**، وبين **نفس الأطراف بنفس الصّفات**"

(L’autorité de la chose jugée n’a lieu qu’a l’égard de ce qui a fait l’objet du jugement. Il faut que **la chose demandée soit la même**; que la demande soit fondée sur **la même cause**; que la demande soit entre **les mêmes parties**, et fondée par elles et contre elles en la même qualité)

ولا يختلف الأمر بالنّسبة للشّريعة الإسلاميّة على اعتبار أنّ هذه العناصر الثّلاثة تمثّل خصوصيّة الدّعوى، ولهذا فسأتناول هذه العناصر الثّلاث وفق التّالي:

المطلب الأوّل: وحدة المحلّ في الدّعوى المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الثّاني: وحدة السّبب في الدّعوى المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الثّالث: وحدة الخصوم في الدّعوى المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلـــب الأوّل: وحدة المحلّ في الدّعوى المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

لا يمكن اعتبار توفّر وحدة دعويين إلاّ إذا اشتركتا في المحلّ (الموضوع) لأنّه لبّ النّزاع المطروح أمام القضاء، بل إنّه أوّل ما يتبادر النّظر إليه للتحقّق من إمكانيّة الدّفع بسبق الفصل، وسأعرض لهذا المطلب في فرعين على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: مفهوم وحدة المحلّ في الدّعوى المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الثّاني: اشتراط وحدة المحلّ للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الثّالث: نماذج تطبيقيّة عن وحدة المحلّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: مفهوم وحدة المحلّ في الدّعوى المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

قد تختلف العبارات في بيان مفهوم وحدة المحلّ بين فقه الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ، وهو ما يدعوني إلى التعرّض لمفهومها من خلال بندين كما يلي:

أوّلا: مفهوم وحدة المحلّ في الدّعوى المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

المقصود بمحلّ الدّعوى في الدّعوى المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة حسبما يُستفاد من المراجع الّتي اهتمت بموضوع الدّعوى أنّه الحقّ الّذي يسعى المدّعي إلى بلوغه بواسطة القضاء[1]، ومثاله: أن يدّعي شخص استحقاق وصيّة من متوفى أو ملكيّة أرض ما، فإنّ الوصيّة أو الملكيّة هو الحقّ المدّعى به الّذي يسعى المدّعي إلى بلوغه بواسطة القضاء.

وقد اشترط الفقهاء لصحّة الدّعوى أن يكون الحقّ المدّعى به معلوما على اعتبار أنّه مدار الدّعوى[2]، "فلو قال [أي المدّعي] لي عليه شيء لم تُسمع دعواه لأنّها مجهولة"[3].

فتبيّن ممّا تقدّم أنّ الدّعاوى تتنوّع بتنوّع الحقّ المدّعى ولو تعلّق بذات الشيء، فمحلّ الدّعوى هو الحقّ المدّعى بينما محلّ الحقّ هو الشيء الّذي ينصبّ عليه هذا الأخير، وعليه يمكن بيان أنّ المقصود من وحدة المحلّ

---

(1) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص108؛ الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4ص461 ؛ ابن قدامة، **المغني**...ج12ص162؛ الطّرابلسيّ، **معين الحكّام**...ص54؛ الميداني، **اللّباب**...ج4ص62.

(2) انظر: القرافي، **الفروق**، ج4ص133 (الفرق الحادي والثلاثون والمائتان بين قاعدة الدّعوى الصّحيحة، وقاعدة الدّعوى الباطلة)؛ الشّربيني، نفسه، ج4ص464-465؛ ابن قدامة، نفسه، ج11ص448-449؛ الطّرابلسيّ، نفسه؛ الكاساني، **بدائع الصنائع**...ج6ص222.

(3) ابن فرحون،نفسه.

في الدّعوى المدنيّة هو أن يكون الحقّ المقصود بلوغه في الدّعوى الجديدة هو نفسه الّذي صدر بشأنه حكم في الدّعوى السّابقة.

ورغم أنّ الفقهاء لم يهتمّوا بوضع معايير دقيقة لوحدة المحلّ بين الدّعويين في المادّة المدنيّة إلاّ أنّ مراجعة حديث النبيّ ﷺ: **"لا يقضينّ أحد في قضاء بقضائين"**[1] تدلّ على أنّ حقيقة وحدة المحلّ تظهر وتتحقّق إذا كانت الدّعوى الثّانية تقود إلى الحصول على حكم مناقض للحكم الصّادر في الدّعوى السّابقة بحيث يقرّ حقّا أنكره سابقا أو ينكر حقّا أقرّه سابقا، فإنّ نهي النّبيّ ﷺ عن القضاء في الأمر بقضائين نهي عن وضع يكون فيه قضاء ثان مخالف للقضاء الأوّل، وإنّما يكون ذلك إذا كان الخصوم يسعون بدعواهم الثّانية إلى استصدار حكم مناقض للحكم الأوّل، ويكون القاضي أمام طلباتهم بين أن يصدر حكما مماثلا للقضاء الأوّل، وهذا لا معنى له، أو مناقض له وهو المنهيّ عنه، فتبيّن أنّ حقيقة وحدة المحلّ إنّما تظهر بالنّظر إلى مآل طلبات الخصوم، فإن كان مآلها الحصول على حكم مماثل أو مناقض للحكم السّابق كنّا بصدد وحدة محلّ بين الدّعويين.

ثانيا: مفهوم وحدة المحلّ في الدّعوى المدنيّة في القانون الوضعيّ.

يُعرّف محلّ الدّعوى في المادة المدنيّة بأنّه "الأمر الّذي يرد عليه طلب المدّعي ويدور حوله النّزاع"[2] أو هو "الحقّ الّذي يطلبه الخصم والمصلحة الّتي يبتغي تحقيقها من رفع دعواه"[3]، فإذا كان طلب المدّعي هو الحكم له بملكيّة عقار معيّن، كان محلّ الدّعوى هو مجموع الحقّ الّذي يدّعيه (حقّ الملكيّة) والشّيء المادي الّذي ترد عليه الدّعوى (العقار)، ولا يطلق محلّ الدّعوى على مجرّد الشيء المادي الّذي تنصبّ عليه الدّعوى، لأنّ نفس الشيء قد يكون موضوعا لجملة حقوق، كحقّ الملكيّة وحقّ الارتفاق على عقار[4].

---

(1) سبق تخريجه ص 55 من هذا البحث.

(2) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص220.

(3) انظر: علي عوض حسن، **الدّفع بعدم جواز نظر الدّعوى**...ص129؛ عبد الحميد الشّواربي، **حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة**...ص175. وقد يختصر البعض مفهوم المحلّ بأنّه الطّلبات الواردة في الدّعوى (انظر: توفيق حسن فرج، **قواعد الإثبات**... ص252) والحقيقة أنّ هذا من قبيل المجاز في التّعبير، والمقصود أنّ محلّ الدّعوى هو الأمر الّذي ترد عليه الطّلبات.

(4) انظر: توفيق حسن فرج، نفسه.

يقول بيرو (perrot): "لكي يكون الدّفع بحجيّة الأمر المقضيّ مقبولا فإنّه لا يكفي أن يكون الشّيء الماديّ المتنازع عليه نفسه، يجب أن ينصبّ الطّلب على ذات الحقّ على نفس الشّيء" [1]

ويقول جارسونيه (garsonnet): "إنّ حجيّة الأمر المقضيّ تفترض أنّ الطلبين يتعلّقان بنفس الشّيء، بمعنى الإقرار بنفس الحقّ على نفس الشّيء..."[2].

ويتحدّد محلّ الدّعوى بالطّلبات الّتي يقدّمها الخصوم، سواء أكانت أصليّة أم عارضة[3]، والملاحظ أنّ الدّعاوى المدنيّة تختلف باختلاف موضوع كلّ منها، وذلك لتعدّد الطّلبات الّتي يتقدّم بها الخصوم انطلاقا من مبدأ تقيّد القاضي المدنيّ بطلبات الخصوم[4]، إلاّ أنّ الضابط الحقيقي في تحقّق وحدة المحلّ بين دعويين هو بالنّظر إلى الحكم الجديد المراد إصداره على ضوء الطّلبات الجديدة الواردة في الدّعوى الثّانية، فإذا كان مآل هذه الطّلبات هو الحصول على حكم مماثل لما سبق الحكم به في الدّعوى الأولى، أو مناقض له بحيث يقرّ حقّا أنكره سابقا أو ينكر حقّا أقرّه سابقا فإنّنا نكون بصدد محلّ متّحد بين الدّعويين[5].

ومعنى هذا أنّه لا يجوز التّمسّك كثيرا بنوع الطّلبات لإثبات اتّحاد المحلّ أو نفيه، إذ العبرة بمضمون المنازعة والخصومة، لأنّ الحكم الّذي سيصدر في الدّعوى سيرتكز أساسا على جوهر النّزاع المطروح، لأنّ الطّلبات قد تتنوّع إلاّ أنّها تقوم على إثارة ذات النّزاع، فيكون اتّحاد المحلّ بين الدّعويين باتّحاد الأساس الّذي تقومان عليه ولو كانت الطّلبات متغايرة[6].

وقد قضت محكمة النّقض المصريّة على أنّ "المقرّر في قضاء هذه المحكمة أنّ الفصل في مسألة أساسيّة تجادل فيها الخصوم في دعوى سابقة واستقرّت حقيقتها مانعا من التّنازع فيها بين ذات الخصوم في أيّة دعوى

---

(1) « pour que l'exception de la chose jugée puisse être accueillie, il ne suffit pas que la même chose matérielle soit en litige, il faut que le demandeur réclame le même droit sur la même chose » **(**PERROT. *op. cit.*, n°138, p.13.)

(2) **«**L'autorité de la chose jugée suppose que les deux demandes ont le même objet, c'est-à-dire la reconnaissance du même droit sur la même chose » (Garsonnet, *op. cit.*, n°706, p.419)

(3) نصّت المادّة 25 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على أنّه "يتحدّد موضوع النّزاع بالادّعاءات الّتي يقدّمها الخصوم في العريضة الافتتاحيّة للدّعوى ومذكرات الرّدّ، غير أنّه يمكن تعديله بناء على تقديم طلبات عارضة إذا كانت هذه الطّلبات مرتبطة بالادّعاءات الأصليّة"

(4) تنصّ المادّة 25 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على أنّه "يتحدّد موضوع النّزاع بالادّعاءات الّتي يقدّمها الخصوم في العريضة الافتتاحيّة للدّعوى ومذكرات الردّ، غير أنّه يمكن تعديله بناء على تقديم طلبات عارضة إذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالادّعاءات الأصليّة"

(5) انظر: السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص690؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص221؛ أحمد السيّد صاوي، **الشّروط الموضوعيّة**...ص181؛ توفيق حسن فرج، **قواعد الإثبات**...ص253.

(6) انظر: علي عوض حسن، **الدّفع بعدم جواز نظر الدّعوى**...ص129.

تالية تكون هذه المسألة بذاتها الأساس فيما يدّعيه أحدهم من حقوق مترتّبة عليها لا يغيّر من ذلك اختلاف الطّلبات في الدّعويين"[1].

ولقد كانت هذه النتيجة ثمرة محاولات متواصلة لضبط هذا الأمر وفق معايير محدّدة واجهت انتقادات وجيهة ممّا جعل الفقه يتخلّى عنها ويعيد القضيّة إلى الأصول النّظريّة لمبدأ الحجيّة، وسأحاول أن أعرض باختصار لهذه المعايير مع بيان عدم وفائها بالمطلوب للوصول إلى الضّابط المسجّل أعلاه في تحقيق وحدة المحلّ.

1. المفهوم البسيط لاتّحاد المحلّ. لّما كان المحلّ في الدّعوى المدنيّة كما سبق ذكره هو الأمر الّذي يرد عليه طلب المدّعي ويدور حوله النّزاع، فإنّ تصوّر اتّحاد المحلّ بين دعويين يتحقّق بأن يكون الأمر الّذي ورد عليه طلب المدّعي في الدّعوى الأولى ودار حوله النّزاع هو ذاته الأمر الّذي يرد عليه طلب المدّعي في الدّعوى الثّانية.

وبالتّالي إذا كان طلب المدّعي في الأولى هو حقّ ملكيّة عقار، وكان مثار بحث من المحكمة، فإنّ هذا الطّلب إذا تجدّد حول نفس الحقّ (حقّ الملكيّة) على نفس الشّيء (العقار) فإنّنا نكون بصدد اتّحاد محلّ بين الدّعويين، ولهذا فقد عرّفت وحدة المحلّ بأن تكون الطّلبات في الدّعوى الأولى المحكوم فيها هي نفسها الطّلبات في الدّعوى الثّانية[2]، وتتحقّق بوحدة الحقّ محلّ الطّلبات[3]، ولّما كان الحقّ محلّ الطّلبات يتضمّن نوع الحقّ والشّيء الوارد عليه، فإن اتّحاد محلّ الدّعوى يقتضي اتّحاد الحقّ واتّحاد الشّيء محلّ الحقّ، ومقتضى ذلك أنّ اتّحاد الشّيء محلّ الحقّ وحده لا يعني اتّحاد المحلّ إذا اختلف الحقّ الوارد عليه في الدّعوى الأولى عنه في الدّعوى الثّانية، لأنّ نفي حقّ الملكيّة لمدّعيه على عقار معيّن بحكم لا ينفي حقّه في رفع دعوى يطلب فيها الحكم بحقّ الارتفاق على ذات العقار.

كما أنّ اتّحاد الحقّ وحده لا يعني اتّحاد المحلّ إذا اختلف محلّ الحقّ بين الدّعويين، لأنّ نفي حقّ الملكيّة لمدّعيه على عقار معيّن بحكم لا ينفي حقّه في رفع دعوى يطلب فيها الحكم بحقّ الملكيّة على عقار آخر[4].

ويقتضي هذا المفهوم لاتّحاد المحلّ أنّ الدّفع بسبق الفصل لا يتحقّق إلاّ حال اتّحاد الحقّ واتّحاد الشّيء الوارد عليه، بحيث أنّ اختلاف أحدهما أو كلاهما يقتضي رفض الدّفع بسبق الفصل لعدم اتّحاد المحلّ.

---

(1) طعن رقم 930، سنة 54 ق، بتاريخ 1991/03/28 (نقلا عن سعيد أحمد شعله، **قضاء النّقض المدنيّ**... ص69)

(2) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص220؛ عبد الحميد الشّواربيّ، **حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة**...ص175.

(3) انظر: عبد الحكم فوده، نفسه، ص222.

(4) انظر: أحمد السيّد صاوي، **الشّروط الموضوعيّة**...ص174.

ومع ما يبدو عليه هذا المفهوم البسيط لاتّحاد المحلّ من معقوليّة إلاّ أنّه اصطدم مع منطق سبق الفصل الّذي يقتضي تعارضا أو تماثلا في الحكم السّابق إصداره والحكم المراد استصداره وفق الطّلبات الجديدة، فقد يختلف أحد العنصرين أو كلاهما ومع هذا يكون هناك اتّحاد محلّ بين طلبات الدّعويين، وقد يتّفق العنصران بين الدّعويين ومع هذا لا يكون هناك اتّحاد محلّ بين طلبات الدّعويين.

2. قصور معيار اتّحاد الحقّ ومحلّه للدّلالة على اتّحاد المحلّ. من صور هذا القصور ما يلي[1]:

- إذا حكم في الدّعوى الأولى برفض طلب المدّعي بحقّ الملكيّة على منزل معيّن ثمّ زيد في بنائه أو تهدّم، فإنّ هذا لا يبرّر قبول دعوى جديدة منه بحقّ الملكيّة على المنزل بوضعه الجديد بناء على اختلاف محلّ الدّعوى نظرا لما أصابه من تغيير بالزّيادة أو النّقص[2]، وبالتّالي لم يؤثّر ما يمكن اعتباره اختلافا في محلّ الحقّ من القول باتّحاد المحلّ بين الدّعويين.
- إذا حكم في الدّعوى الأولى بتعويض في صورة مرتّب دائم لشخص مصاب في حادث ثمّ تفاقم هذا الضّرر أو برئ منه، فإنّ ذلك يكون مبرّرا لقبول دعوى جديدة من المضرور يطالب فيها بزيادة مبلغ التّعويض في حالة تفاقم الضّرر، أو مبرّرا لقبول دعوى جديدة من المسؤول عن دفع التّعويض في حالة البرء من الضّرر[3]، وبالتّالي فإنّ ما لحق الضّرر من تغيير بالزّيادة أو النّقص مبرّر قبول دعوى جديدة رغم اتّحاد الحقّ في التّعويض والضّرر فيهما، خلافا للصّورة الأولى.

يقول بيرو (perrot): "عندما يقضي الحكم بالتّعويض دون أن يحدّد إن كان هذا التّعويض يصلح أم لا كلّ النتائج المستقبلة للعمل الضارّ، فإنّ الفقه والقضاء متّفقان على السّماح للمضرور بأن يطلب لاحقا تعويضا تكميليّا، وتكون الدّعوى الجديدة مختلفة عن الدّعوى الأولى من حيث الموضوع"[4].

- إذا حكم في الدّعوى الأولى برفض طلب المدّعي بحقّ ملكيّة عقار بناء على عدم إثبات صفة الوارث، فإنّ هذا يمنع قبول دعوى جديدة يطلب فيها ملكيّة عقار آخر ضمن تركة نفس المورّث بصفة الوارث، وبالتّالي فرغم اختلاف الشّيء محلّ الطّلب في الدّعويين فإنّ قبول الدّعوى الجديدة إثارة لمسألة سبق الفصل فيها.

---

(1) انظر: أحمد السيّد صاوي، **الشّروط الموضوعيّة**...ص175و179.

(2) انظر: السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص690.

(3) قد يتصوّر أنّ تفاقم الضّرر عبارة عن ضرر استجدّ من نفس العمل الضّارّ، وبالتّالي فلا يمكن دفع الدّعوى الجديدة بالضّرر المستجدّ بسبق الفصل فيها (انظر: السّنهوري، نفسه، ج2ص689).

(4) « mais lorsqu'un jugement accorde une indemnité sans préciser s'il répare ou non les conséquences futures du fait dommageable, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour permettre à la victime de réclamer ultérieurement une indémnit supplémentaire ; la nouvelle demande étant distincte de la première par son objet » (PERROT, *op. cit.*, n°148, p.14)

- إذا حكم في الدّعوى الأولى على غاصب العقار بتسليم ريعه إلى مالكه عن مدّة معيّنة، ثمّ استمرّ المغتصب واضعا يده على العقار لمدّة أخرى، فإنّ هذا الحكم لا يمنع مالك العقار من رفع دعوى جديدة يطالب فيها بحقّه في ريع ذات العقار عن مدّة أخرى غير الّتي تناولها الحكم الأوّل.

وهكذا فرغم وحدة الحقّ المطلوب (الرّيع) والمحلّ الوارد عليه (العقار) إلاّ أنّ اختلاف الزّمن منع من اتّحاد المحلّ في الدّعويين.

3. التّخلّي عن المعايير التّفصيليّة. أثبتت الصّور الثّلاث السّابقة الذّكر أنّ هذه المعايير عجزت عن ضبط متى تتحقّق وحدة المحلّ بين الدّعويين المانعة من إعادة طرح النّزاع، ولقد خلص أحمد السيّد صاوي إلى نتيجة مفادها "أنّ القاعدة في معرفة وحدة الموضوع أو اختلافه بين دعويين هي أن يتحقّق القاضي حينما يفصل في الدّعوى الجديدة من أنّ قضاءه ليس تكرارا للحكم السّابق أو مناقضا له، سواء أكان ذلك التّناقض بإقرار حقّ أنكره الحكم السّابق أو بإنكار حقّ أقرّه هذا الحكم"[1].

إلاّ أنّ ذلك يضعنا أمام مشكلة جديدة، وهي تقدير هذا التّكرار أو التّناقض، لأنّ الدّفع بسبق الفصل لاتّحاد المحلّ يكون عند نظر الدّعوى وقبل الفصل فيها، كما أنّ القاضي لا يستطيع أن يقدّر منذ بداية نظر النّزاع إن كان قضاؤه سيكون تكرارا للحكم السّابق أو مناقضا له أو مختلفا عنه تماما، إذ أنّ تقديره لطلبات الخصوم وحكمه فيها يظلّ مشروعا في ذهنه إلى غاية النّطق بالحكم، بينما الدّفع بسبق الفصل لاتّحاد المحلّ دفع بعدم القبول يقتضي في حال الاستجابة له الامتناع عن نظر النّزاع أصلا.

وفي كلّ الأحوال فإنّ وحدة الموضوع تعتبر مسألة يستقلّ بنظرها قاضي الموضوع، بحيث يكون إليه قبول الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ نظرا لتوفّرها أو رفضه نظرا لانعدامها في عقيدته.

الفرع الثّاني: اشتراط وحدة المحلّ للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

تظهر أهميّة وحدة المحلّ في نظام حجيّة الحكم القضائيّ بالنّظر إلى ضرورة توفّرها للدّفع بالحجيّة في كلّ من الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ، ويتمّ التعرّض لهذا الفرع في بندين على النّحو التّالي:

---

(1) الشّروط الموضوعيّة...ص181. وهو ما اتّجهت إليه محكمة النّقض المصريّة، إذ قضت بأنّه " يعدّ موضوع الدّعويين متّحدا إذا كان الحكم الصّادر في الدّعوى الثّانية مناقضا للحكم السّابق وذلك بإقرار حقّ أنكره هذا الحكم أو بإنكار حقّ أقرّه، فيناقض الحكم الثّاني الحكم الأوّل" (طعن رقم 53، سنة 35ق، جلسة 1969/03/31، س20، ع3، ص391(نقلا عن سعيد أحمد شعله، **قضاء النّقض المدنيّ**...ص62)).

أوّلا: اشتراط وحدة المحلّ للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

يشترط للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في المادّة المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة أن يكون المحلّ متّحدا بين الدّعويين، وهو ما يثبته الحديث السّابق في قوله ﷺ: "لايقضينّ أحد في قضاء بقضائين"[1].

فإنّه متى تبيّن للخصوم أنّ سعيهم في الدّعوى الجديدة من خلال طلباتهم هو الوصول إلى حكم مناقض للحكم السّابق كانوا معنيين بنهي الحديث بشكل غير مباشر، لأنّهم بسعيهم هذا يتسببون في أن يوجد في المسألة الواحدة قضاءان، وهو منهيّ عنه، ومتى تبيّن للقاضي أنّه بقضائه الجديد يوجد في المسألة الواحدة قضائين مختلفين كان منهيّا بشكل مباشر عن نظر هذه الدّعوى الجديدة، لأنّه إمّا أن يحكم بحكم مماثل للحكم الأوّل وهذا لغو، وإمّا أن يحكم بحكم مختلف، وهذا منهيّ عنه.

ومتى تبيّن ذلك فإنّه يحقّ للمدّعى عليه أن يدفع الدّعوى الجديدة متمسّكا بنصّ الحديث متى استطاع أن يثبت أنّ المدّعي يسعى بها لاستصدار حكم مخالف لما سبق الحكم به متمسّكا بالنّهي الوارد فيه على اعتبار تعلّق مصلحته بعدم تجديد النّزاع، ولأنّ الحكم الوارد في الحديث من النّظام العامّ الّذي يلزم الجميع التزامه بحيث متى اطّلع القاضي على وحدة المحلّ بين الدّعويين رفض القضاء في الدّعوى الجديدة.

أمّا إذا تضمّنت الدّعوى الجديدة طلبات جديدة لم يطرحها الخصوم من قبل ولم تبحثها المحكمة، ولم يكن يترتّب على نظر القاضي لها تناقض الأحكام فإنّ واجب القاضي هو فصل النّزاع بين النّاس، والإخبار عن حكم الشّريعة فيه.

ثانيا: اشتراط وحدة المحلّ للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى المدنيّة في القانون الوضعيّ.

يعتبر الحكم الصّادر في الدّعوى عنوان الحقيقة فيما كان محلّ طلب الخصوم وبحث وتحقيق القاضي[2]، وفي مثل هذه الحالة تكون وحدة محلّ الدّعوى المحكوم فيها مع محلّ الدّعوى الجديدة شرطا للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ[3].

وقد أكّدت المادّة 338 من القانون المدنيّ الجزائريّ على اشتراط وحدة المحلّ للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ حيث تنصّ على أنّه "...ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجيّة إلاّ في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغيّر صفاتهم وتتعلّق بحقوق لها نفس المحلّ والسّبب..."، وهو نفس ما نصّت عليه المادّة

(1) سبق تخريجه ص 55 من هذا البحث.

(2) انظر: أحمد السيّد صاوي، **الشّروط الموضوعيّة**...ص171.

(3) انظر: توفيق حسن فرج، **قواعد الإثبات**...ص252.

101 من قانون الإثبات المصريّ ، وبعبارة مختلفة نصّت المادّة 1351 من القانون المدنيّ الفرنسيّ على أنّه "...يجب أن يكون الشيء المطلوب ذاته..." "il faut que la chose demandée soit la même..."

وذلك أنّ المحكمة عند نظرها القضيّة تبحث طلبات الخصوم، وتجيب عنها قبولا أو رفضا، فما سبق أن طلبه الخصوم وتعرّضت له بالبحث ثمّ حكمت فيه فقد غدا عنوانا للحقيقة، فلا يصحّ تجديد النّزاع فيه، لأنّ إعادة عرض نفس الطّلبات المفصول فيها إهدار لحجيّة الأحكام[1]، وفتح لباب تناقضها.

وعلى خلاف ذلك فإنّ الدّعوى الجديدة إذا تضمّنت طلبات جديدة لم يطرحها الخصوم سابقا أو لم تبحثها المحكمة وتفصل فيها بحكم فإنّ نظرها لها وحكمها فيها هو إقامة للعدالة الّتي لأجلها كان مرفق القضاء، إذ "أنّ حقّ الخصوم في الدّفاع يظلّ قائما بالنّسبة للنّقاط الّتي لم يسبق طرحها على القضاء، وهذا الحقّ لا يصحّ المساس به"[2].

ولهذا فإنّه إذا صدر حكم للمؤجّر باستحقاق الأجرة عن مدّة معيّنة، فإنّ هذا الحكم لا يمنع من رفع دعوى جديدة من المؤجّر لطلب الحكم بالأجرة عن مدّة أخرى، وهكذا فإنّ الحكم الأوّل لا يحوز حجيّة الأمر المقضيّ بالنّسبة إلى استحقاق الأجرة عن مدّة أخرى، إذ أنّ محلّ الدّعوى هنا يختلف عن المحلّ في الدّعوى الأولى[3]، ولهذا فلو احتفظ المدّعي لنفسه ببعض الطّلبات، فالحكم فيما قدّمه من طلبات لا يمنعه من رفع دعوى جديدة بالطّلبات الّتي كان احتفظ بها، كأن يكون قد احتفظ بحقّ طلب الرّيع، وقدّم بطلب الحكم بردّ العين المغصوبة[4].

الفرع الثّالث: نماذج تطبيقيّة عن وحدة المحلّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يتضمّن الحديث عن وحدة المحلّ كشرط للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى المدنيّة جملة من المسائل ذات الخصوصيّة، فمن جهة تُطرح مسألة حجيّة الحكم الصّادر في الشّيء على كلّه أو جزئه أو ملحقاته، على أساس وحدة المحلّ بينهما وتأثير ذلك على الدّفع بسبق الفصل، ومن جهة أخرى تطرح مسألة حجيّة الحكم الصّادر في الشّيء على الدّعوى الّتي تتعلّق بنفس المحلّ إذا طرأت على موضوع الدّعوى بعض التّغيرات مع أنّها لا تغيّر موضوع الطّلب، ومن جهة ثالثة تطرح مسألة حجيّة الحكم الصّادر في الطّلبات

---

(1) **انظر**: السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص689.

(2) أحمد السيّد صاوي، **الشّروط الموضوعيّة**...ص172.

(3) انظر: السّنهوري، نفسه؛ توفيق حسن فرج، **قواعد الإثبات**، ص253.

(4) انظر: السّنهوري، نفسه، ج2ص691؛ توفيق حسن فرج، نفسه.

الأصليّة أو الاحتياطيّة على الدّعوى الّتي تثير نفس الطّلبات، وسأكتفي هنا بذكر نموذجين تطبيقيين عن وحدة المحلّ ضمن بندين اثنين على النّحو التّالي:

أوّلا: حجيّة الحكم الصّادر في الشّيء على جزئه في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

1. حجيّة الحكم الصّادر في الشّيء على جزئه في الشّريعة الإسلاميّة. يبدو أنّ فقه القضاء الإسلاميّ لم يتناول مسألة حجيّة الحكم الصّادر في الشّيء على كلّه أو جزئه بشكل مستقلّ، ولعلّ هذا لأنّه ممّا تحكمه قواعد الدّلالات في الألفاظ، كما عنت بتوضيحه بعض كتب قواعد الفقه، وسأكتفي هنا بالإشارة إلى دلالة العامّ على أفراده والعكس، وهي مسألة مبثوثة في كتب أصول الفقه خاصّة.

وقد عرّف العامّ بأنّه "كلّ لفظ ينتظم جمعا من الأسماء لفظا أو معنى"[1]، ومعناه شمول اللّفظ لمفردات، ومثاله الشّيء فإنّه يشمل الموجودات، وهو بذلك يقترب من معنى العموم في اللّغة، وهو شمول أمر لمتعدّد.

كما عرّف بأنّه "اللّفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد"[2]، فلفظ السّارق في قوله تعالى: (❒◆✂⧸⧸◉OO⧸⧸❻☒⌂↗ ❒◆✂⧸⧸◉OO⧸⧸❻☒⌂•❒➔ ▫•⧸⧸⧸⧸⌂⧅➲•➔↖❒☑✂☎ 🕮❒③⇙⑨⇖③♦♑←☺⧈⧸⧸...)[3] يدلّ على كلّ من سرق، فيستحقّ العقوبة.

والمقصود بالوضع الواحد أي المعنى الواحد احترازا من المشترك، فإنّ عموم اللّفظ لا يعني دلالته على المعنيين معا.

والّذي يعنيني بهذا الشّأن هو أنّ العامّ يستغرق سائر الأفراد الّتي ينتظمها اللّفظ على سبيل الشّمول[4]، ويعتبر إثبات الحكم الثّابت للعامّ لجميع ما يتناوله لفظ العامّ مذهب جمهور العلماء[5].

وانطلاقا من هذه القاعدة الأصوليّة فإنّ القاضي إذا حكم بأنّ كلّ تركة المتوفّى تؤول إلى الورثة، فإنّ كلّ مشتملاتها تكون من حقّهم، لأنّ لفظ "كلّ تركة المتوفّى" عامّ يشمل ما تركه من عقار ومنقول وحقوق

---

(1) **أصول السّرخسي**، ج1ص125.

(2) الشوكانيّ، **إرشاد الفحول**...ص98.

(3) **سورة المائدة**، الآية 38.

(4) عموم العامّ شمولي خلافا لعموم المطلق فهو بدلي، ولهذا فإنّ عموم العامّ كليّ يحكم فيه على كلّ الأفراد (انظر: الشوكاني، نفسه، ص100).

(5) انظر: مصطفى سعيد الخنّ، **أثر الاختلاف في القواعد الأصوليّة**...ص202.

ماليّة، وفي هذا تطبيق لقاعدة فقهيّة نصّها "التّابع لا يفرد بحكم"[1] وقاعدة "ما ضمن كلّه ضمن جزؤه"[2]، وبناء على ذلك فإنّ المناقشة في حكم فرد من أفراد الكلّ المحكوم فيه يعتبر مناقشة في الحكم ذاته، وبالتّالي فإنّ ما يتمتّع به الحكم القضائيّ الصّادر في الكلّ من حجيّة ينسحب على الأجزاء المكوّنة له، ولا ينطبق هذا الكلام حال نفي الحكم عن الكلّ، "لأنّ النفي عن الكلّ لا يناقض الثّبوت في البعض"[3]، ولهذا فإنّ القضاء بعدم استحقاق الورثة لكلّ التّركة لا يعني عدم استحقاقهم لبعضها، كأن يكون بعض التّركة موصى بها.

2. حجيّة الحكم الصّادر في الشّيء على جزئه في القانون الوضعيّ. الحكم في الشّيء يسري على الأجزاء لأنّها بعض الكلّ[4]، وبالتّالي فمن حُكم له بثبوت دين فلا تصحّ المنازعة بعدئذ في جزء من أجزائه، وإذا رفضت دعواه بالدّين لعدم ثبوته لم يصحّ له أن يرفع الدّعوى بقسط منه، على اعتبار أنّ المحكمة إذا حكمت بثبوت الدّين كلّه فإنّما يكون ذلك بناء على حكمها بصحّة سنده، فإذا صحّ لكلّ الدّين لم تجز المناقشة في صحّته لقسط منه، وإذا حكمت بعدم ثبوت دين فإنّما يكون ذلك بناء على حكما ببطلان سنده، فلم تجز المناقشة في سريان حكم بطلان السّند على عدم ثبوت أجزاء الدّين، وعليه فإنّ الدّفع بسبق الفصل لاتّحاد المحلّ في هذه الصّورة خليق بالاعتبار، وتسري حجيّة الحكم الصّادر في الكلّ على أجزائه[5].

ومع هذا فإنّ الحكم في الكلّ لا يتضمّن حتما الحكم في الجزء، وهذا في حالة رفض طلب المدّعي بأحقيّته في الكلّ، أو بالحقّ المقرّر على كلّ الشّيء، ومثاله: الحكم برفض طلب المدّعي ملكيّة التّركة لوحده على اعتبار أنّه ليس الوارث الوحيد، فإنّ ذلك لا يمنعه من تجديد الادّعاء بطلب ملكيّة التّركة مع غيره من الورثة إلاّ إذا حكم بأنّه غير وارث، أو أنّ العقار المطالب به ليس من التّركة، أو أنّه ملك خاصّ لوارث آخر[6]، وكذا "إذا صدر حكم برفض ادّعاء الملكيّة في أرض، لم يمنع ذلك من ادّعاء الملكيّة في جزء شائع في

(1) أحمد بن محمّد الزّرقاء (ت1357 هـ)، **شرح القواعد الفقهيّة**، تصحيح عبد الستار أبو غدّة، دار الغرب الإسلاميّ،بيروت، لبنان، ط1، 1403هـ-1983م، ص201؛ محمّد صدقي بن أحمد البورنو، **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكليّة**، مؤسسة الرّسالة، ط1، 1404هـ-1983م، ص202.

(2) السّيوطيّ، **الأشباه والنّظائر**...ص390.

(3) الشّوكاني، **إرشاد الفحول**...ص103.

(4) انظر: عبد الحميد الشّواربيّ، **حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة**، ص176؛ السّنهوريّ، **الوسيط**...ج2ص692؛ توفيق حسن فرج، **قواعد الإثبات**، ص254.

(5) انظر: أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص540؛ توفيق حسن فرج،نفسه.

(6) انظر: عبد الحميد الشّواربيّ، نفسه، ص177.

الأرض، ما لم يكن الحكم السّابق قد بتّ في أنّ المدّعي لا يملك الأرض ولا أيّ جزء منها"[1]،وهـــذا الأمـــر واضح في ميزان المنطق، لأنّ إثبات الكلّ هو إثبات للجزء، إلاّ أنّ نفي الكلّ لا يقتضي نفي الجزء، بل يكفي أن ينتفي جزء واحد لينتفي الكلّ[2].

ويبقى الضّابط هو ورود الادّعاء الجديد في طلبات الحكم السّابق، وبحث المحكمة له، ومناقشة الخصوم حوله، ولهذا فمتى رفضت المحكمة طلب المدّعي بالكلّ، وكان رفضها بناء على بحث أجزاء الكـــلّ ونفيهـــا تفصيلا بعد مناقشة الخصوم فيها، فإنّ حكم القاضي بنفي الكلّ يسري على الأجزاء أيضا.

ثانيا: حجيّة الحكم الصّادر في الشّيء على كلّه في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

1. حجيّة الحكم الصّادر في الشّيء على كلّه في الشّريعة الإسلاميّة. الحكـــم في الجـــزء لا ينصرف إلى الكلّ على اعتبار أنّ غير المذكور لا يشمله الحكم، أمّا إذا كان هذا الجزء لا ينفصل عـــن كلّـــه بحيث أنّ هذا الكلّ لا يقبل التجزئة، فيكون وجود بعضه كوجود كلّه، والحكم في جزئه كالحكم في كلّـــه، وفي هذا المعنى وردت القاعدة الفقهيّة "ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كلّه"[3].

ومثال ذلك في الكفالة بالنّفس أنّ من كفل ربع الشّخص ونصفه كفالة شخصيّة كان كفيلا به كلّه لعـــدم إمكان تجزئة الشّخص[4].

ومثال ذلك في مجال القضاء أنّ القاضي إذا حكم بصحّة شهادة الشّهود في إثبات الدّين فحكم بثبوت جزء منه على المدين فيكون قد قضى بالدّين كلّه.

2. حجيّة الحكم الصّادر في الشّيء على كلّه في القانون الوضعيّ. الأصل أنّ الحكم في الجزء لا يسري على باقي أجزاء الكلّ[5]، ولهذا فالحكم بصحّة سند قسط معيّن من الدّين لا يعـــني بطـــلان ســـند الأقساط الأخرى، وعليه لم يصحّ الدّفع بسبق الفصل لاتّحاد المحلّ إذا كان الحكم صادرا في دعـــوى تتعلّـــق بالجزء، وكانت الدّعوى الجديدة تتعلّق بباقي أجزاء الكلّ.

---

(1) السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص693-694.

(2) توسّع توفيق حسن فرج في الاستثناء حتّى جعله قاعدة هدمت قاعدة أنّ الحكم في الكلّ حكم في الجزء، إذ أنّه اشـــترط أن تكـــون المحكمة قد تقصّت في الحكم في الكلّ جميع أجزائه (انظر:نفسه) ويبدو لي أنّ هذا التّوسّع غير صحيح، لأنّه إن صحّ في حالة رفض الحكـــم الأوّل لطلب المدّعي بأحقيّته في الكلّ، فإنّه لا يصحّ في حالة الاستجابة لطلبه والحكم له.

(3) السّيوطي، **الأشباه والنظائر**...ص160؛ ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ص162.

(4) انظر: محمّد صدقي، **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكليّة**، ص193.

(5) انظر: عبد الحميد الشّواربي، **حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة**...ص177.

إلاّ أنّه إذا كان الحكم الصّادر في دعوى تتعلّق بالجزء، وكان النّزاع في هذا الجزء مبنيّا على أساس كونه بعضا من الكلّ، بحيث أنّ الفصل في الجزء يقتضي البحث في الكلّ، ولم يتناول الحكم في منطوقه إلاّ حكم الجزء على أساس أنّه ما ورد في طلب الخصوم، وكانت المحكمة قد بحثت قضيّة الكلّ كمقدّمة منطقيّة للحكم في الجزء، فإنّ الحكم يسري على الكلّ ويحوز الحجيّة[1].

ومثاله إذا كان الحكم الصّادر في دعوى تتعلّق بالجزء اعتمد على صحّة سند الدّين كلّه أو بطلانه، فإنّ ذلك ينسحب على باقي الأجزاء، لأنّ الحكم هنا بصحّة السّند أو بطلانه وإن كان القصد منه إثبات جزء من الدّين أو نفيه يعتبر حكم في كلّ الدّين الوارد في هذا السّند، وتكون المحكمة بذلك قد بحثت مسألة صحّة السّند وبطلانه كمقدّمة للحكم بثبوت الدّين من عدمه[2].

وبالتّالي فإنّ من حقّ المدّعى عليه في الدّعوى الجديدة الدّفع بحجيّة الأمر المقضيّ (سبق الفصل) وهذا نظرا لوحدة المحلّ بين الكلّ والجزء لأنّ المحكمة تكون معرّضة لدراسة نفس موضوع النّزاع[3].

أمّا إذا كان الحكم الصّادر في دعوى تتعلّق بقسط من الدّين اعتمد على صحّة أو بطلان السّند الخاصّ بالجزء المحكوم فيه فإنّ ذلك لا ينسحب على كلّ الدّين أو أيّ قسط آخر منه لأنّه قد يوجد لهما سند خاصّ لم يكن محلّ بحث من المحكمة[4].

---

(1) انظر: السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص693؛ أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص540؛ عبد الحميد الشّواربي، نفسه، ص176.

(2) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص223.

(3) يرد الحكم بصحّة السّند أو بطلانه عادة عند ذكر الأسباب في صحيفة الحكم إذا كان طلب المدّعي هو الحكم بدفع قسط من الدّين على اعتبار أنّ المسألة الأولى مقدّمة منطقيّة للثّانية، وسيأتي ترجيح اتّجاه غالب الفقه القانوني والقضاء في حيازة هذا النّوع من الأسباب للحجيّة (انظر ص 417 من هذا البحث).

(4) انظر: عبد الحكم فوده، نفسه؛ أحمد هندي، نفسه؛ توفيق حسن فرج، **قواعد الإثبات**... ص253.

المطلب الثّاني: وحدة السّبب في الدّعوى المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

لا تكفي وحدة الموضوع لوحدة دعويين، بل يجب أن تتوافر وحدة السّبب، وسأعرض لهذا المطلب في فرعين على النحو التّالي:

الفرع الأوّل: مفهوم وحدة السّبب في الدّعوى المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الثّاني: اشتراط وحدة السّبب للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في المادّة المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: مفهوم وحدة السّبب في الدّعوى المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

أوّلا: مفهوم وحدة السّبب في الدّعوى المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة

السّبب في اللّغة هو الحبل، وهو ما يتوصّل به إلى أمر ما[1]، وهو "ما يُتوصّل به إلى أمر من الأمور"[2]، كقولنا العقد سبب الملك.

أمّا اصطلاحا فالسّبب عند الأصوليين فهو الوصف الظّاهر المنضبط المجعول مناطا للحكم[3]، كالإسكار سبب لتحريم الشّرب، أمّا سبب الدّعوى وهو محور الحديث هنا فإنّ ما يفهم من كلام الفقهاء أنّه الواقعة الّتي يستند إليها المدّعي في دعواه، كالبيع سبب لدعوى الاستحقاق والزّواج سبب لدعوى النّفقة[4].

والحقيقة أنّ تمسّك المدّعي في دعواه بهذا السّبب إنّما يعود لعلمه أو ظنّه أنّ الشّرع جعل هذه الوقائع والتصرّفات أسبابا لغيرها، فيكون السّبب الحقيقيّ هو "جعلها الشّرع سببا لوجوب المشروعات"[5]، فإنّ المكلّفين لا اختيار لهم في اعتبار الأسباب المشروعات.

كما يمكن اعتبار سبب الدّعوى هو امتناع المدّعى عليه عن ترتيب الآثار الشّرعيّة على الأسباب المحدّدة لها، كامتناع الزّوج عن النّفقة سبب لدعوى النّفقة من الزّوجة.

ويبقى أنّ تمسّك المدّعي بالواقعة أو النصّ الشرعيّ الّذي يعتقد أنّه مستنده لبلوغ هدفه من الدّعوى خاضعا لسلطة القاضي في تقدير صحّة طلبه ودعواه، وقد تجيب المحكمة طلب المدّعي على غير ما استند عليه

(1) انظر: الزّمخشري، **أساس البلاغة**، ص200.

(2) الجرجاني، **التّعريفات**، ص103.

(3) انظر: الشّوكاني، **إرشاد الفحول**...ص6.

(4) انظر: الدّردير، **الشّرح الكبير**، ج4ص144.

(5) **أصول السّرخسي**، ج1ص100.

من نصّ أو واقعة، فإنّ الزّوجة إذا رفعت دعوى تطلب النّفقة مستندة إلى الضّرر الواقع عليها بالامتناع عنها لا تلزم القاضي إن هو أجابها إلى طلبها أن يقرّها على ما اعتمدته من سبب، إذ أنّ السّبب الحقيقيّ للنّفقة هو الزّوجيّة ذاتها، أو النصّ الموجب للنّفقة للزّوجة حال قيام الزّوجيّة بغضّ النّظر عن وقوع الضّرر بالامتناع عنها أو عدمه.

وممّا تقدّم فإنّ السّبب يكون متّحدا بين دعويين متى طرحت نفس الوقائع الّتي سبق أن فصل فيها، بغضّ النّظر عن تقدير المدّعي لها أو النّصوص الشّرعيّة الّتي يتمسّك بها لبلوغ طلباته من دعواه.

ثانيا: مفهوم وحدة السّبب في الدّعوى المدنيّة في القانون الوضعيّ.

اختلف الفقه القانونيّ في تحديد المعنى الدّقيق لسبب الدّعوى[1]، فجعل بعضهم سبب الدّعوى هو ما يتمسّك به المدّعي من واقعة قانونيّة أو ماديّة، فهي الّتي تنشئ الأساس المباشر للحقّ أو الفائدة القانونيّة الّتي يطالب بها[2].

وسواء اعتبرنا ذات الواقعة القانونيّة أو الماديّة سببا للدّعوى أم أنّ سببها هو الامتناع عن ترتيب أو تنفيذ آثارها، فإنّ ذلك يعني أنّ سبب الدّعوى هو سند أو أساس الحقّ المدّعى به.

ويلخّص هذا الاتّجاه تعريف السّبب بأنّه المصدر القانونيّ للحقّ أو المنفعة القانونيّة المدّعاة[3]، فالحقّ أو المنفعة القانونيّة هما موضوع الدّعوى بينما سببها هو أساس الحقّ أو المنفعة، ولهذا فقد يكون سبب الدّعوى هو عقد كعقد البيع أو تصرّف قانونيّ منفرد كالوصيّة، وقد يكون واقعة ماديّة يرتّب عليها القانون آثارا كوضع اليد المكسب للملكيّة بمضيّ مدّة طويلة، أو مركز قانونيّ يوجد فيه الشّخص إثر واقعة معيّنة كاكتساب الشّخص صفة الوارث بوفاة المورّث[4].

---

(1) انظر: أحمد السيّد صاوي، **الشّروط الموضوعيّة**...ص79-103، فقد أورد ستّ نظريّات في تحديد فكرة سبب الدّعوى، وتولّى نقدها وبيان عيوب كلّ واحدة منها، وما ورد عليها من اعتراضات.

(2) انظر: السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص697؛ إدوار غالي الذّهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص70؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**.... ص267.

(3) انظر: السّنهوري، نفسه؛ عبد الحكم فوده، نفسه؛ علي عوض حسن، **الدّفع بعدم جواز نظر الدّعوى لسبق الفصل فيها**، ص180. وقد عرّفه عبد الحميد الشّواربي بأنّه " الفعل المعتبر في القانون أساسا لاكتساب الحقّ في المطالبة بالشّيء المراد الحصول عليه في الدّعوى" (**حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة**...ص218).

(4) انظر: عبد الحكم فوده، نفسه.

فيكون معنى وحدة السّبب في هذا الاتّجاه هو وحدة المصدر القانونيّ للحقّ المدّعى أو اتّحاد الأساس القانونيّ الّذي تبنى عليه الدّعوى[1]، كأن يكون عقد بيع ما سببا في دعوى أولى، ويكون نفس العقد سببا لدعوى أخرى، بحيث يتمسّك المدّعي بنفس الواقعة القانونيّة المتمثّلة في عقد البيع للمطالبة بحقّ أو منفعة.

وقد انتُقد هذا الاتّجاه في تعريف سبب الدّعوى بأنّه واسع المدلول بحيث يحتاج إلى توضيح ما يعتبر أساسا ومصدرا قانونيّا للحقّ وما لا يعدّ كذلك[2]، كما أنّه يدخلنا في إشكاليّة التّفريق بين السّبب المباشر وغير المباشر للحقّ المطالب به، بمعنى هل العقد هو سبب الدّعوى أم عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عنه هو سببها الحقيقي؟

ويتّجه نوع آخر من تعريف سبب الدّعوى إلى أنّه: مجموع الوقائع الّتي يستند إليها المدّعي في طلباته دون اعتبار إلى تكييفه للوقائع أو استناده إلى نصّ أو مبدأ قانونيّ معيّن[3]، إذ أنّ الخصوم يعرضون على المحكمة مجموع الوقائع الّتي يظنّون أنّها تسندهم فيما يعرضون من طلبات، فهي سبب الدّعوى الّتي يثيرونها، ويبقى تكييفهم للوقائع الّتي يعرضونها غير مقيّد للمحكمة، قد تأخذ به وقد ترى تكييفا مخالفا[4]، كما أنّ استناد المدّعي على نصّ أو مبدأ قانونيّ معيّن في دعواه لا يلزم المحكمة في شيء إذا أجابت طلبه استنادا على نصّ أو مبدأ قانونيّ آخر، و لا يمسّ ذلك بسبب دعواه، لأنّها منحصرة في الوقائع المستند عليها في طلباته.

فيكون معنى وحدة السّبب في هذا الاتّجاه هو وحدة الوقائع الّتي يستند عليها المدّعي في طلباته، بحيث أنّه إذا كان يطرح نفس الوقائع على المحكمة فإنّه يكون قد استند على نفس السّبب.

ويبدو لي أنّه رغم اقتراب مفهوم السّبب في الاتّجاهين إلى حدّ كبير، فإنّ الاتّجاه الثّاني أقرب إلى الدّقة في تعريف السّبب، وذلك لأنّ سبب الدّعوى في حقيقة الأمر هو ما يتمسّك به المدّعي من وقائع يتصوّر أنّها تمكّنه من تحقيق وبلوغ طلباته، وهو في هذا غير مكلّف بمعرفة ما إذا كان ما يستند عليه فعلا هو مصدر قانونيّ معتبر لاكتساب الحقّ في المطالبة أم لا، لأنّ هذه مُكنة استأثر بها القضاة قانونا، وقد يعرض المدّعي

---

(1) انظر: توفيق حسن فرج، **قواعد الإثبات**...ص256.

(2) انظر: أحمد السيّد صاوي، **الشّروط الموضوعيّة**...ص87.

(3) انظر: بلحاج العربي، **دعوى المسؤوليّة التّقصيريّة في القانون القضائيّ الجزائريّ**، مقال منشور **بالمجلة الجزائريّة للعلوم القانونيّة والاقتصاديّة والسياسيّة**، الجزائر، العدد2، 1994م، ص403-404؛ شريف أحمد الطّباخ، **حجيّة الأحكام في الدّعاوى المدنيّة والجنائيّة**، دار المصطفى للإصدارات القانونيّة، القاهرة، مصر، ص87.

(4) تنصّ المادّة 1/29 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على أنّه "يكيّف القاضي الوقائع والتّصرّفات محلّ النّزاع التّكييف الصّحيح دون التّقيد بتكييف الخصوم"

وقائع لا يمكن أن ترقى لأن تكون مصدرا قانونيّا للحقّ، ومع هذا فإنّ إعادة عرض نفس الوقائع يعتبر صورة لوحدة السّبب بين الدّعويين.

كما أنّ سبب الدّعوى لا يتغيّر بتغيّر الأدلّة والحجج القانونيّة، "ولذلك فإنّ المدّعي إذا استند إلى وقائع معيّنة كسبب لدعواه فإنّ الدّعوى تظلّ واحدة لوحدة السّبب ولو غيّر المدّعي تكييفه لهذه الوقائع أو غيّر القاعدة القانونيّة الّتي يستند إليها في دعواه"[1].

كما أنّ المدّعي قد يعمد إلى ذكر سبب غير حقيقيّ ليأمن الدّفع بسبق الفصل، فيكون للقاضي عند تمحيصه لسبب الدّعوى الحقيقيّ أن يكيّف ما يعرضه المدّعي بشكل صحيح، ويقضي بوحدة السّبب المنتج لتعيّن الدّفع، أو يقضي باختلافه المنتج لرفض الدّفع والمضيّ في نظر الدّعوى.

وتتحقّق وحدة السّبب بين دعويين متى اتّحدت الوقائع الّتي يستند عليها المدّعي في المطالبة بالحقّ المدّعى به بغضّ النّظر عن التّكييف الّذي يمنحه لهذه الوقائع أو القواعد والنّصوص القانونيّة الّتي يستند عليها، وعلى العكس فإنّ اختلاف الوقائع المدّعى بها يجعل الدّعويين مختلفتين ولو اتّفق تكييف هذه الوقائع، أو اتّفقت القاعدة القانونيّة المستند عليها فيهما.

ولهذا فمتى كانت الواقعة القانونيّة المتمثّلة في عقد الإيجار هي سبب الدّعوى الأولى، والّتي كانت محلّ رفض من المحكمة، كان رفع دعوى جديدة مستندة إلى ذات الواقعة صورة لوحدة السّبب، غير أنّه لو استند المدّعي في دعواه الجديدة على عقد إيجار آخر يمثّل وقائع مختلفة عن وقائع الدّعوى الأولى كنّا بصدد صورة لاختلاف السّبب رغم تماثل الوقائع، إذ أنّ تماثل السّببين لا يمنع من اختلافهما[2]، ومثاله أن يكون السّبب في الدّعوى الجديدة قد تحقّق بعد صدور الحكم في الدّعوى الأولى.

يقول بيرو (PERROT): "لا يمكن التّمسّك بحجيّة الحكم القضائيّ إذا كان سبب الدّعوى الجديدة قد تحقّق بعد صدور الحكم الأوّل"[3].

---

(1) شريف أحمد الطّباخ، **حجيّة الأحكام**...ص88، وهو ما أخذت به محكمة النّقض المصريّة، إذ قضت بأنّ "السّبب في معنى المادّة 101 من قانون الإثبات هو الواقعة الّتي يستمدّ منها المدّعي الحقّ في الطّلب وهو لا يتغيّر بتغيّر الأدلّة الواقعيّة والحجج القانونيّة الّتي يستند إليها الخصوم" (نقض مدني، رقم 411، سنة 46ق، بتاريخ 1980/12/11، س21، ص2020، نقلا عن: سيد أحمد شعلة، **قضاء النّقض المدنيّ في حجيّة الأحكام**، ص71).

(2) انظر: السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص697؛ إدوار غالي الذّهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص70؛ عبد الحميد الشّواربي، **حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة**...ص218.

(3) « la chose jugée ne peut être invoquée dans les hypothèses ou la cause de la nouvelle demande n'est apparue que postérieurement à la première décision dont on invoque l'autorité » (PERROT, *op. cit.*, n°153, p.15)

ولا يمنع من وحدة السّبب اختلاف المحلّ، إذ أنّ السّبب لا يعدو أن يكون الوقائع المستند عليها في المطالبة بالحقّ المدّعى به، بينما المحلّ هو ذات الحقّ المدّعى به، فإنّ عقد الزّواج سبب لدعوى النّفقة، وكذا دعوى إثبات نسب الولد، وكذا دعوى الميراث، كما أنّ عقد البيع سبب لدعوى تسليم المبيع، وكذا تسليم الثّمن، وكذا دعوى عدم التّعرض...

كما أنّ وحدة المحلّ لا تقتضي وحدة السّبب، ومثال ذلك تعدّد أسباب البطلان وتعدّد أسباب انقضاء الالتزام[1]، فإنّ من يرفع دعوى يطالب فيها ببطلان عقد بسبب الإكراه قد يرفع أخرى يطالب فيها ببطلان ذات العقد بسبب غياب الشّكل القانونيّ الواجب فيه إذا رفضت دعواه الأولى[2].

ومثال ذلك أيضا تعدّد أسباب انقضاء الالتزام، فإنّ من يرفع دعوى يطالب فيها بالحكم بانقضاء الالتزام بسبب الإبراء، قد يرفع أخرى يطالب فيها بانقضائه بسبب الوفاء إذا رفضت دعواه الأولى.

وأولى من ذلك أن يتمسّك بأحد أسباب البطلان بعد أن كان قد تمسّك بأحد أسباب انقضاء الالتزام أو العكس.

ولا يضرّ وحدة السّبب بين الدّعويين اختلاف الدّليل عليه، لأنّ السّبب هو عبارة عن واقعة قد تثبت بأدلّة مختلفة، ولهذا فإنّ السّبب يعتبر واحدا ولو كان دليل إثباته في الدّعوى الأولى مختلفا عنه في الثّانية[3]،

---

(1) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص275و276و281.

(2) يبدو من الضّروري الإشارة إلى أنّ الفقه الفرنسي انقسم إلى اتّجاهين. اتّجاه موسّع في أسباب البطلان، بحيث يعتبر كلّ عيب من عيوب الرضا وكذلك كلّ عيب من عيوب الشّكل أو المحلّ أو السّبب يمثّل سببا مستقلاّ في دعوى البطلان، واتّجاه مضيّق في أسباب دعوى البطلان، بحيث يجعلها أسبابا رئيسيّة بحسب نوعها، ويدمج في كلّ نوع ما يتفرّع عنه كسبب واحد، ويعدّ السّبب متّحدا ما دام من نوع واحد، فالعيب في الشّكل لا يتعدّد، والعيب في الرّضا لا يتعدّد، وهكذا (انظر: السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص703) وهذا الاتّجاه الثّاني كان محلّ ترجيح من السّنهوري، حيث أشار إلى الحكمة من الأخذ به، حيث قال: "على أنّه لا تجوز المبالغة كما قدّمنا في تنويع السّبب الرئيسيّ الواحد من أسباب البطلان، وإلاّ فقدت حجيّة الأمر المقضيّ قيمتها و لم تمنع من تأبيد الخصومات" (نفسه، ج2ص702-703) وهذا الكلام جدير بالتّأمل، لأنّ القاضي إذا رفض دعوى بطلان بسبب الإكراه يكون قد تأكّد من سلامة رضا العاقد، فتكون الدّعوى المستجدّة للمطالبة ببطلان العقد بسبب التّدليس مثلا متّحدة مع الأولى في السّبب الرئيسيّ، وهو اختلال الرّضا كسبب للبطلان على اعتبار كونه ركن العقد، إلاّ أنّه يعوزه الأهمّ وهو السّند القانونيّ الّذي يمكن أن يعتمده القاضي في ردّ دعوى بطلان بسبب عيب لسبق الفصل برفض دعوى بطلان بسبب عيب من نفس الطّائفة، خاصّة وأنّ هذه العيوب تأتي مستقلّة في التّشريع، ممّا يحمي المدّعي في إثارة كلّ واحد مستقلاّ عن الآخر، ما دام يستند إلى تنظيم القانون له (انظر: عبد الحكم فوده، نفسه، ص278) كما أنّ القاضي مقيّد بطلبات الخصوم وما يستندون عليه من أسباب لتحقيق هذه الطّلبات.

(3) يختلف السّبب عن الدّليل، فبينما يمثّل الدّليل الحجّة الواقعيّة أو القانونيّة الّتي يعتمدها المدّعي لتأييد ادعائه، فإنّ السّبب يمثّل ذات الواقعة (القانونيّة أو الماديّة) الّتي يدّعيها المدّعي ويستند عليها في المطالبة بالحقّ المدّعى (انظر: عبد الحميد الشّواربيّ، **حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة**...ص220؛ علي عوض حسن، **الدّفع بعدم جاوز نظر الدّعوى**...ص182).

وهكذا "فإنّ من ادّعى التّخلّص من دين بالوفاء، وأراد أن يقدّم على ذلك بيّنة حكم بعدم جـــواز سماعهـــا، وقضي عليه بالدّين، لا يجوز له بعد ذلك أن يرفع دعوى جديدة متمسّكا بالسّبب نفسه وهو الوفاء، وإن قدّم عليه هذه المرّة دليلا مكتوبا كمخالصة بالدّين، وذلك أنّ السّبب هنا –وهو الوفاء– لم يتغيّر، وإن تغيّر الدّليل عليه من بيّنة إلى ورقة مكتوبة"[1].

كما لا يضرّ وحدة السّبب بين الدّعويين اختلاف الغرض والغاية من الدّعوى، لأنّ الغـــرض مســـألة نفسيّة شخصيّة، يختلف من شخص لآخر، ومن دعوى لأخرى، وعليه فإنّ وحدة السّبب لا يضرّها اختلاف غرض المدّعي من الدّعوى الأولى إلى الثّانية[2].

فإذا رفع شخص دعوى يطالب فيها بملكيّة عقار استنادا إلى كونه وارثا ورفض طلبه، فليس له أن يرفع دعوى جديدة يطالب فيها بملكيّة نفس العقار استنادا إلى نفس السّبب بحجّة اختلاف غرضه، حيـــث كـــان يقصد من الدّعوى الأولى الحصول على ملكيّته لبيعه، ويقصد من الدّعوى الجديدة الحصول علـــى ملكيّتـــه لترميمه وتوسيعه.

ومع ذلك فإنّه قد يدقّ التّمييز أحيانا بين سبب الدّعوى وغرضها إذا كان سببها هو باعث المدّعي على الدّعوى، بحيث أنّ ما يتمسّك به المدّعي في دعواه هو غرضه من طلبه موضوع الدّعوى، ومثال ذلك دعوى الإخلاء من أجل الهدم لتوسعة البناء، فإنّ المدّعي يطلب إخلاء العمارة مثلا، وسببه الّذي يستند إليـــه هـــو غرضه في توسعة البناء، وهو ما يمكن أن يعتدّ به القانون ويرتّب عليه آثارا[3].

فإذا افترضنا أنّ المحكمة رفضت هذه الدّعوى لأنّ إعادة البناء كما كان وعلى نفس المساحة وبـــذات الارتفاع كما يطلبه المدّعي لا يتحقّق معه التّوسعة، فرفع المدّعي دعوى جديدة يطلب فيها إخلاء البناء مـــن أجل الهدم لإعادة البناء بارتفاع أكبر فإنّنا نكون أمام اختلاف غرض المدّعي في الدّعويين، وهو مـــا يجعـــل وحدة السّبب غير متحقّقة[4].

---

(1) السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص709.

(2) عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص273.

(3) انظر: توفيق حسن فرج، **قواعد الإثبات**...ص259.

(4) وهو ما أخذت به محكمة النّقض المصريّة، نقض مدني بتاريخ1953/3/26، مجموعة النّقض، سنة4، رقم 115، ص781 (نقلا عن: عبد الحكم فوده، نفسه، ص274)

الفرع الثّاني: اشتراط وحدة السّبب للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

أوّلا: اشتراط وحدة السّبب للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

متى اتّحدت أسباب الدّعويين، بأن تمسّك المدّعي بنفس السّبب الّذي تمسّك به في دعواه الأولى فإنّه يكون مصير الدّعوى الجديدة عدم سماعها متى اتّحد الخصوم والموضوع أيضا، وقد نصّت المادّة 1837 من مجلّة الأحكام العدليّة على أنّه "لا يجوز رؤية وسماع الدّعوى تكرارا الّتي حكم وصدر إعلام بها توفيقا لأصولها المشروعة أي الحكم الّذي كان موجودا فيه أسبابه وشروطه"، وقد مثّل لذلك الشّارح بقوله: "...مثلا لو ادّعى أحد الدّار الّتي في يد آخر أنّها ملكه فأنكر المدّعى عليه الدّعوى و لم يستطع المدّعي إثبات مدعاه وحلف المدّعي عليه بالطّلب فنكل المدّعى عليه عن الحلف وصدر الحكم الشّرعيّ فليس للمدّعى عليه بعد ذلك أن يدّعي قائلا: إنّني اشتريت الدّار المذكورة منك وأن يثبت ذلك فإذا ادّعى أنّه اشتراها منه قبل القضاء فلا تقبل الدّعوى منه، أمّا إذا ادّعى الشّراء بعد القضاء فتقبل"[1].

وبيان ذلك أنّ ما تمسّك به المدّعي في الدّعوى الأولى المحكوم عليه فيها هو مجرّد الملكيّة والّتي تكون غالبا بالشّراء، فيكون ما تمسّك به في الدّعوى الثّانية هو ذاته السّبب الّذي اعتمده في الأولى، إذ لا يعقل أن يغفل في الدّعوى الأولى عن سبب الملكيّة المدّعاة وينكل عن الحلف، ثمّ يتقدّم بسبب الشّراء في الثّانية، فيحمل أمره على اتّحاد السبب.

ولهذا فقد عادت مجلّة الأحكام العدليّة في المادّة 1840 وبيّنت أنّه حال اختلاف السّبب فلا يجوز دفع الدّعوى لسبق الفصل فيها، فقد نصّت على أنّه "إذا ادّعى أحد الدّار الّتي هي في تصرّف الآخر بأنّها موروثة له من أبيه وأثبت ذلك ثمّ ظهر بعد الحكم سند معمول به بيّن أنّ أبا المدّعي كان قد باع الدّار المذكورة إلى والد ذي اليد تسمع دعوى ذي اليد، وإذا أثبت ذلك انتقض الحكم الأوّل واندفعت دعوى المدّعي"[2].

---

(1) علي حيدر، **درر الحكّام**...ج4ص685.

(2) نفسه، ج4ص693.

ثانيا: اشتراط وحدة السّبب للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى المدنيّة في القانون الوضعيّ.

تعتبر وحدة السّبب شرطا أساسيّا للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى المدنيّة، فمتى كان سبب الدّعوى الأولى المحكوم فيها هو عين سبب الدّعوى الجديدة كان الدّفع بسبق الفصل خليقا بالإثارة من طرف الخصوم، وخليقا بالقبول من المحكمة[1].

وقد أكّدت المادّة 338 من القانون المدنيّ الجزائريّ على اشتراط وحدة السّبب للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ، حيث تنصّ على أنّه "...ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجيّة إلاّ في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغيّر صفاتهم وتتعلّق بحقوق لها نفس المحلّ **والسّبب**..."، وهو نفس ما نصّت عليه المادّة 101 من قانون الإثبات المصريّ ، والمادّة 1351 من القانون المدنيّ الفرنسيّ.

ومثاله: إذا رفع شخص دعوى يطالب فيها بملكيّة شيء ما واستند على واقعة عقد بيع له من المدّعي عليه، فحكمت المحكمة برفض الدّعوى، فإنّ للمدّعى عليه أن يدفع بسبق الفصل لو عاود المدّعي دعواه استنادا على نفس الواقعة، وليس له ذلك إذا استند على عقد بيع آخر، أو استنادا على الميراث أو الحيازة المكسبة.

ولا يكفي أن يكون السّبب متماثلا بين الدّعويين للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ، بل يجب أن يكون هو ذاته، ولهذا فإنّ إثارة الدّفع بسبق الفصل من المدّعى عليه في دعوى يتمسّك فيها المدّعي بعقد بيع للمطالبة بملكيّة سيارة ما غير خليقة بالاعتبار إذا كان رفض دعوى المدّعي في الدّعوى السّابقة كان لتمسّكه بعقد بيع آخر غير الّذي يدّعيه في الحال.

ولا يضرّ الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ أنّ ما يتمسّك به المدّعي من دليل لإثبات سبب دعواه يختلف عن الدّليل الّذي يتمسّك به في دعواه الأولى ورفض من المحكمة، لأنّ الحكم يكون قد حاز الحجيّة فيما يتعلّق بهذا السّبب بغضّ النّظر عن الدّليل الّذي يراد إثباته به، إذ أنّ العبرة في مقام حجيّة الأمر المقضيّ هي لوحدة السّبب وليس لوحدة الدّليل، لأنّ الأدلّة قد تتعدّد رغم كون السّبب واحدا في الدّعوى، واختلاف الدّليل لا يحول دون ثبوت الحجيّة[2].

كما لا يضرّ الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ أنّ غرض المدّعي في دعواه الحاليّة مختلف عن غرضه في الدّعوى السّابقة، لأنّ الحكم يكون قد حاز الحجيّة فيما يتعلّق بالسّبب بغضّ النّظر عن غرض المدّعي

---

(1) انظر: السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص697؛ إدوار غالي الذّهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص70؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص268؛ علي عوض حسن، **الدّفع بعدم جواز النّظر**...ص180؛ توفيق حسن فرج، **قواعد الإثبات**...ص256.

(2) انظر: عبد الحكم فوده، نفسه، ص271؛ توفيق حسن فرج، نفسه، ص258.

وباعثه[1]، إذ أنّ العبرة في مقام حجيّة الأمر المقضيّ هي لوحدة السّبب وليس لوحدة الغرض، لأنّ الأغـــراض مختلفة رغم كون السّبب واحدا في الدّعوى، وهي أمور مكنونة في نفوس أصحابها[2].

ويبقى من المهمّ الإشارة إلى أنّ تقدير وحدة السّبب أو اختلافه يخضع لسلطة محكمة الموضوع، وهي في هذا خاضعة لرقابة محكمة النّقض، وقد قضت محكمة النّقض المصريّة أنّ "لمحكمة النّقض أن تُعمـــل رقابتـــها للتّحقّق ممّا إذا كان سبب الدّعوى هو سبب حقيقيّ تتحقّق به المغايرة في سبب الدّعوى أو أنّه مجرّد ســـبب ظاهريّ أريد منه الحيلولة دون الدّفع بحجيّة الأمر المقضيّ فلا تقوم به هذه المغايرة"[3].

المطلب الثّالث: وحدة الخصوم في الدّعوى المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

(1) قضت محكمة النّقض المصريّة بأنّ "المدار في وحدة الدّعويين في صدد قوّة الشّيء المحكوم فيه هو على ماهيّة الموضوع في كلّ دعـــوى، والسّبب المباشر الّذي تولّدت عنه في كلّ منهما، فإذا كان موضوع الدّعوى الأولى بين الخصوم هو المطالبة بتعويض، وسببها حفر مسقى، وموضوع الدّعوى الثّانية هو المطالبة بتعويض أيضا وسببها هي الأخرى حفر المسقى نفسها، فلا يؤثّر في وحدتما اختلاف علّـــة السّـــبب المطلوب التّعويض من أجله ولا قيمة التّعويض المطالب به" (طعن رقم38 بتاريخ1943/4/15س12(نقلا عن: سعيد أحمد شعله، **قضاء النّقض المدنيّ**... ص46))

(2) انظر: توفيق حسن فرج، **قواعد الإثبات**...ص259.

(3) طعن رقم 493، سنة 29، جلسة 1964/12/17، س15، ص1164 (نقلا عن: سعيد أحمد شعله، نفسه، 70)

تتحدّد الخصومة بأطرافها، وتظهر وحدة الخصوم كأبسط معيار لملاحظة وحدة الدّعاوى المرفوعة، كما أنّ تحقّق هذه الوحدة له أثره على الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ سواء في الشّريعة الإسلاميّة أم في القانون الوضعيّ، ولهذا فسأعرض لهذا المطلب في ثلاثة فروع على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: مفهوم وحدة الخصوم في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الثّاني: اشتراط وحدة الخصوم للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الثّالث: نماذج تطبيقيّة عن وحدة الخصوم في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: مفهوم وحدة الخصوم في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

أوّلا: مفهوم وحدة الخصوم في الشّريعة الإسلاميّة.

المقصود بالخصوم في الشّريعة الإسلاميّة هم أطراف الدّعوى، وينصرف المعنى ابتداء إلى المدّعي والمدّعى عليه الأصليين، وقد تعدّدت التّعريفات المحدّدة لحقيقتهما، وقد اخترت بعضا منها قصد البيان:

فقد عرّفهما القرافي بقوله: "المدّعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدّعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف"[1]، ومثال ذلك أنّه لو اختلف الزّوجان في ملكيّة متاع البيت فالأصل والعرف أنّ ما هو من ثياب النّساء فهو ملكها، فإذا تنازعاه كان الزّوج مدّع والزّوجة مدّعى عليها، وكذلك فإنّ الأصل عدم اشتغال ذمّة المرء بديْن الغير، فيكون من طالب الطّرف الآخر بديْن له عليه مدّع، ويكون الآخر مدّعى عليه، وعرّفا أيضا بأنّ المدّعي من لا يُجبر على الخصومة وإذا تَرك تُرك، والمدّعى عليه من يجبر عليها وإذا تَرك لم يُترك[2]، وهذا لأنّ الحقّ يُستوفى بالطّلب من المدّعي، فمن تركه لم يجبر عليه أمّا المدّعى عليه فهو مطلوب، كما عُرّفا أيضا بأنّ المدّعي من يطلب لنفسه عينا أو دينا أو حقّا، والمدّعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه[3].

---

(1) **الفروق**(الفرق الثّاني والثلاثون والمائتان بين قاعدة المدّعي وقاعدة المدّعى عليه)، ج4ص138.

(2) انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**...ج6ص224؛ نظّام وجماعة، **الفتاوى الهنديّة**، ج4ص3؛ ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص106.

(3) انظر: الكاساني، نفسه؛ الطّرابلسيّ، **معين الحكّام**...ص53.

وقد سجّل ابن فرحون أصلا في تحديد المدّعي والمدّعى عليه بقوله: "...ها هنا ما هو آكد واعتباره أنفع ممّا قدمنا ذكره، وهو استصحاب الحال، فإنّها هي الأصل المعتمد عليه في مقتضى النّظر"[1]، والمقصود هنا استصحاب حال المدّعي والمدّعى عليه وهو بقاء أحوالهما على ما كانت عليه قبل رفع الدّعوى.

ولّما كانا طرفا الدّعوى يمكن أن تختلف طلباهما وادّعاءاهما خلال نظر الدّعوى فيمكن أن يكون أحدهما مدّعيا في حقّ ومدّعى عليه في آخر، كما أنّ نظر الدّعوى يمكن أن يتطلّب دخول غيرهم في الخصومة أو يتدخّل هذا الغير لمصلحته.

ولا يُعدّ أحد طرفا في الدّعوى إلاّ إذا وجدت خصومة حقيقيّة بينه وبين الأطراف الأخرى، بأن تنازع حقوقا مع غيره وكان طالبا أو مطلوبا فيها، فإذا لم يكن كذلك عدّ خصما ظاهريّا (صوريّا) وكان على القاضي أن يمتنع عن سماعه وإصدار حكم له أو عليه[2] وإلاّ عُدّ ما أصدره إفتاء لا حكما و لم ينفذ[3].

والمعتبر في أطراف الدّعوى هي صفاهم الّتي يخاصمون بها، ولهذا فإنّ مباشرة الوليّ أو الوصيّ للدّعوى نيابة عن الصّغير أو المجنون لا يجعل الوليّ أو الوصيّ خصما، لأنّ الخصم الحقيقيّ هو من ناب عنه أحدهم في الخصومة[4].

وكذلك بالنّسبة للوكيل في الخصومة فإنّ مباشرته للخصومة نيابة عن موكّله لا يجعله طرفا في الدّعوى، لأنّ الخصم الحقيقيّ هو الموكّل وإليه تنصرف آثار الدّعوى، ولهذا كان على الوكيل أن يثبت الوكالة على الخصومة وأن يلتزم حدودها[5].

وممّا تقدّم يتبيّن أنّ وحدة الخصوم في الشّريعة الإسلاميّة إنّما تتحقّق إذا كان نفس أطراف الدّعوى بصفاهم في الدّعوى الأولى هم الّذين يمثلون في الدّعوى الثّانية كأطراف بنفس الصّفات، بحيث أنّه إذا رفع الوصيّ أو الوليّ أو الوكيل دعوى فتمّ الحكم فيها، ثمّ رفعوا دعوى أخرى بنفس الصّفات نيابة عن نفس الأشخاص فإنّنا نكون بصدد وحدة خصوم بين الدّعويين.

---

(1) **التّبصرة**، ج1ص106.

(2) انظر: ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**...ج5ص554.

(3) انظر: ابن نجيم، **البحر الرّائق**...ج7ص11؛ ابن قطلوبغا، **موجبات الأحكام**...ص104-105؛ علي حيدر، **درر الحكّام**... ج4ص665.

(4) انظر: ابن فرحون، نفسه، ج1ص114؛ الطّرابلسيّ، **معين الحكّام**...ص59.

(5) انظر: ابن فرحون، نفسه، ج1ص119؛ الطّرابلسيّ، نفسه، ص63.

وكذلك لو باشر من نابوا عنهم من صغير ومجنون وموكّل دعوى جديدة بصفاقم الشّخصيّة فإنّنا نكون أمام صورة لوحدة الخصوم، لأنّ مباشرة الوليّ أو الوصيّ أو الوكيل للدّعوى الأولى كانت باعتبارهم نوابا عنهم، بينما كان الصّغير والمجنون والموكّل هم الخصوم الحقيقيّون فيها.

ثانيا: مفهوم وحدة الخصوم في القانون الوضعيّ.

المقصود بالخصومة الحالة القانونيّة الّتي تنشأ منذ رفع الدّعوى إلى غاية الحكم في موضوعها أو انقضاؤها بغير حكم في الموضوع كالصّلح أو سقوط الخصومة[1]، وتتضمّن هذه الحالة مجموعة الإجراءات الّتي تُتّخذ منذ بدايتها إلى نهايتها، وينظّمها قانون الإجراءات المدنيّة (قانون المرافعات).

أمّا الخصوم فهم أطراف الدّعوى الّذين مثلوا فيها بأنفسهم أو أنابوا عنهم غيرهم[2]، وينصرف معنى الخصوم ابتداء إلى المدّعي والمدّعى عليه، إلاّ أنّه يشمل أيضا المدخل أو المتدخّل في الخصومة بشرط أن يكونوا خصوما حقيقيين، لا مجرّد خصوما ثانويين لا مصلحة قانونيّة لهما في صدور الحكم لأيّ من طرفي الدّعوى، ولا يسري الحكم في مواجهته.

وحتّى يعتبر الشّخص خصما حقيقيّا يجب أن تكون قد وُجّهت إليه طلبات، وطلب من المحكمة إلزامه بها، إذ أنّ مجرّد إيراد اسمه في صحيفة الدّعوى لا يعني كونه خصما في الدّعوى[3]، فمجرّد علمه بالدّعوى أو إدخاله فيها من غير توجيه طلبات له لا يلزمه بإبداء ما لديه في الدّعوى، إذ أنّ كلّ شخص حرّ في اختيار الوقت والظّرف الّذي يقاضي فيه خصمه، بينما الخصم الحقيقيّ يستطيع أن يتقدّم بادّعائه والأدلّة عليه، ولهذا قضى المجلس الأعلى بأنّه "من حقّ قضاة الموضوع أن يستنتجوا من وقائع الدّعوى وجود حجيّة المحكوم فيه بين خصمين سبق أن صدر بينهما حكم إذا كان المدّعي في الدّعوى الثّانية الّتي تشتمل على شخص ثالث لم يقدّم ضدّ هذا الأخير أيّ مقال مكتفيّا بتوجيه طلباته ضدّ المدّعى عليه في الدّعوى السّابقة، حيث يتبيّن أنّ إدخال شخص ثالث في الخصومة الجديدة ليس إلاّ إجراء شكليّا محضا"[4].

---

(1) انظر: أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص5.

(2) انظر: عبد الحميد الشواربيّ، **حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة**...ص137.

(3) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص292.

(4) المجلس الأعلى للدّولة(المحكمة العليا) نقض مدني، طعن رقم12042،قرار بتاريخ 1975/6/27 (نقلا عن يحيى بكوش، **أدلّة الإثبات**...ص397).

كما قضت محكمة النّقض المصريّة بأنّ "المقرّر في قضاء هذه المحكمة أنّ مناط الحكم الّذي يتمسّك بـــه الخصم أن يكون صادرا بين ذات الخصوم أنفسهم مع اتّحاد الموضوع والسّبب في الدّعويين، فلا تقوم هـــذه الحجيّة متى كان الخصمان في الدّعوى الأولى قد تغيّر أحدهما أو كلاهما في الدّعوى الثّانية"[1].

ومثول الشّخص في الدّعوى يكون بصفة معيّنة، وهي إحدى حالتين: صفته الشّخصيّة الذّاتية الطبيعيّة، صفته ممثلا عن غيره، فأمّا الأولى فتعني مثول الشّخص بنفسه خصما في الدّعوى على اعتبار أنّه يمثّل نفســـه بشكل طبيعيّ وأصيل، وأمّا الثّانية فتعني مثول الشّخص ممثلا لغيره بناء على صفته الوظيفيّة أو بما له من نيابة قانونيّة(الوليّ، الوصيّ، القيّم)، والحالتان مختلفتان.

وبناء على ما تقدّم فإنّ وحدة الخصوم بين دعويين المقصود بها أن يكون نفس أطراف الـــدّعوى الأولى بصفاتهم الّتي مثلوا بها فيها هم أطراف الدّعوى الجديدة بذات الصّفات[2]، ومثاله أن يرفع شـــخص دعـــوى يطالب فيها بملكيّة عقار استنادا إلى عقد بيع فترفض هذه الدّعوى، فيكون رفع نفس الشّخص بصفته دعوى جديدة يطالب فيها بملكيّة نفس العقار استنادا إلى ذات العقد صورة جليّة لوحدة الخصوم، بينما إذا رفعهـــا بصفته وكيلا عن غيره لم تتحقّق وحدة الخصوم القانونيّة.

وهكذا فإذا تغيّرت صفة الخصوم أو بعضهم في الدّعوى الجديدة عمّا كانت عليه في الدّعوى الأولى فقد انتفت وحدة الخصوم بين الدّعويين، ولهذا فإنّ الدّعوى الّتي يرفعها الوكيل أو الوصيّ أو القيّم تختلف عـــن الدّعوى الّتي يرفعها باسمه الشّخصيّ ولو اتّفقت محلاّ وسببا، لأنّ الصّفة تباينت بين الدّعويين، بينما إذا تمسّك بنفس الصّفة وهي كونه وكيلا مثلا فإنّه يكون أمام حالة وحدة خصوم الدّعوى، فإذا أضيفت إليها وحـــدة المحلّ والسّبب فإنّنا نكون بصدد تكرار الدّعوى.

والأصل أن تتحقّق وحدة الخصوم بين دعويين بمجرّد أن يكون الخصوم هم أنفسهم في الدّعويين وبنفس الصّفات كما سبق ذكره، والعبرة هي بالوحدة القانونيّة، أي أن يمثّل طرف الدّعوى نفس الخصـــم في نظـــر القانون حتّى ولو اختلفت أشخاصهم الطبيعيّة، وهو ما يعبّر عنه أيضا بالوحدة الشّرعيّة لا الوحدة الذّاتية[3].

فإنّ الوكيل إذا باشر الدّعوى الأولى بهذه الصّفة، كانت مباشرة موكّله لدعوى جديدة تتّحد مع الأولى محلاّ وسببا صورة لوحدة الخصوم، لأنّ الخصم حقيقة في الدّعويين هو الأصيل لا الوكيل ما دام الوكيل قـــد

---

(1) طعن رقم 675، سنة 53ق، تاريخ 1987/6/4 (نقلا عن سعيد أحمد شعله، **قضاء النّقض المدنيّ**...ص33)

(2) انظر: علي عوض حسن، **الدّفع بعدم جواز نظر الدّعوى**...ص108؛ عبد الحميد الشواربيّ، **حجيّة الأحكام المدنيّـــة والجنائيّـــة**... ص137.

(3) انظر: السّنهوريّ، **الوسيط**...ج2ص677؛ توفيق حسن فرج، **قواعد الإثبات**...ص249؛ عبد الحميد الشواربيّ، نفسه.

التزم حدود الوكالة، بينما إذا باشر الوكيل بهذه الصّفة في الدّعوى الأولى، ثمّ باشرها بصفته الذّاتية في الدّعوى الثّانية لا باعتباره وكيلا، فإنّ وحدة الخصوم تنتفي لأنّ الخصم الحقيقي في الدّعوى الأولى هو الأصيل، بينما الخصم الحقيقي في الدّعوى الثّانية هو الوكيل بصفته الشّخصيّة لا باعتباره نائبا.

وهكذا فلا يصحّ الخلط بين وحدة الخصوم ووحدة الأشخاص، فإنّ وحدة الخصوم تتحقّق بين دعويين إذا كان تمثيل الخصوم في إحداها شخصيّا وفي الأخرى بواسطة نائب، بينما لا تتحقّق ولو بمثول نفس الشّخص في الدّعويين إذا كان بصفتين متغايرتين.

كما أنّ الوليّ إذا باشر بهذه الصّفة نيابة عن ابنه القاصر، تكون مباشرة هذا الابن عند بلوغه سنّ الرّشد لدعوى جديدة تتّحد مع الأولى محلاّ وسببا صورة لوحدة الخصوم، لأنّ الخصم الحقيقي في الدّعويين هو الابن وليس الوليّ، ما دام الوليّ قد التزم بحدود النّيابة، بينما إذا باشر الوليّ الدّعوى الأولى بهذه الصّفة، ثمّ باشرها بصفته الذّاتيّة في دعوى جديدة لا باعتباره وليّا فإنّ وحدة الخصوم تنتفي، لأنّ الخصم الحقيقيّ في الدّعوى الأولى هو الابن، بينما الخصم الحقيقيّ في الدّعوى الثّانية هو الأب بصفته الشّخصيّة لا باعتباره نائبا.

وعلى العكس من ذلك فإنّ الأب لو باشر الدّعوى الأولى باعتباره وليّا حال كون ابنه قاصرا، ثمّ باشر الدّعوى الثّانية باعتباره وكيلا عن ابنه عند بلوغ سنّ الرّشد كانت صورة اتّحاد الخصوم متوافرة لأنّ الخصم الحقيقي في الدّعويين هو الابن لا الأب[1].

وقد أشارت المادّة 338 من القانون المدني الجزائريّ إلى هذا المعنى حينما نصّت على أنّه "..لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجيّة إلاّ في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغيّر صفاتهم"

الفرع الثّاني: اشتراط وحدة الخصوم للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

حتّى تكتمل وحدة الدّعوى أو المسألة المقضيّ فيها ويكون الدّفع بسبق الفصل خليقا بالقبول، فإنّه من الضّروريّ أن ينضمّ إلى وحدة الموضوع والسّبب وحدة الخصوم، ولهذا سأعرض لهذا الفرع في بندين اثنين على النّحو التّالي:

---

(1) قضت محكمة النّقض المصريّة بأنّه"...لمّا كان من الثّابت بالأوراق أنّ الطّاعن الثّاني عن نفسه وبصفته وليّا طبيعيّا على أولاده القُصر هو الّذي أقام الطّعن بالنّقض رقم...واختصم فيه الطّاعن الأوّل والمطعون ضدّها، وكان الطّعن الماثل بين نفس الخصوم عن ذات الحكم المطعون فيه، وقد أقيم على نفس السّبب في الطّعن السّابق ومن ثمّ فقد اتّحد الخصوم والموضوع والسّبب في كلّ من الطّعنين" (طعن رقم 1935، سنة 52ق، جلسة 1986/12/25، س37، ص1048 (نقلا عن : سعيد أحمد شعله، **قضاء النّقض المدنيّ**...ص32-33)

أوّلا: اشتراط وحدة الخصوم للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى المدنيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

ينصرف حكم القضاء في المسألة المتنازع فيها إلى أطراف الدّعوى الّذين مثلوا فيها على اعتبار أنّهم الأطراف المخاطبون به، يقول ابن نجيم: "القضاء يقتصر على المقضيّ عليه ولا يتعدّى إلى غيره"[1]

وقال ابن القيّم: "وأمّا الحاكم فحكمه جزئيّ، لا يتعدّى إلى غير المحكوم عليه وله"[2].

وتطبيقا لذلك فإنّ إعمال حجيّة الحكم القضائيّ المانعة من تجديد النّزاع مشروطة بأن يكون ذات المحكوم عليه و الّذي يسعى بدعوى جديدة لاستصدار حكم مخالف لما سبق الحكم به.

ومعنى جزئيّة الحكم اختصاصه بمن تنازع حول الشيء المدّعى به، بحيث أنّه هو من منح فرصة تقديم الطّلبات والدّفوع، وبذل جهده لإقناع القاضي بوجهة رأيه، ولهذا كان امتناع تجديد الخصومة قاصرا عليه.

واستعراض ما سبق من أدلّة شاهدة لمبدأ حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة يدلّ بوضوح أنّ اختلاف الخصوم بين دعوى سبق الحكم فيها ودعوى جديدة متى اتّحد موضوع النّزاع شرط لازم لنظرها، وأنّ اتّحاد الخصوم بينهما سبب لرفض نظرها.

فإنّ عمر بن الخطّاب رضي الله عنه لم ينقض قضاءه الأوّل الّذي لم يشرك فيه الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأمّ رغم أنّه غيّر اجتهاده فأشرك، وقال عبارته الشّهيرة: "تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا"[3]، وهذا يدلّ دلالة واضحة على أنّه لو عرض نفس أطراف الدّعوى الأولى مسألتهم ما كان ليعيد النّظر فيها وهم نفس الأشخاص الّذين قضى بينهم من قبل.

وقد نصّت المادّة 1837 من مجلّة الأحكام العدليّة على أنّه "لا يجوز رؤية وسماع الدّعوى تكرارا الّتي حكم وصدر إعلام بها توفيقا لأصولها المشروعة أي الحكم الّذي كان موجودا فيه أسبابه وشروطه"، وقد علّق الشّارح بقوله:"...قاعدة: إذا قُضي على شخص في شيء فلا تُسمع بعد ذلك دعوى الشّخص المذكور في ذلك الشيء ما لم يُقم ذلك الشّخص بيّنة على إبطال القضاء...إذا سمع القاضي الدّعوى ثانية وفصل بها وحكم لصالح المحكوم عليه فلا يصحّ حكمه ولا ينفذ"[4].

---

(1) الأشباه والنّظائر...ص219.

(2) إعلام الموقّعين...ص38.

(3) سبق تخريجه ص 55 من هذا البحث.

(4) انظر: علي حيدر، **درر الحكّام**...ج4ص685.

ثانيا:اشتراط وحدة الخصوم للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى المدنيّة في القانون الوضعيّ.

يشترط للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى المدنيّة وحدة الخصوم بصفاقم بين الدّعوى المحكوم فيها والدّعوى الجديدة[1]، وقد أكّدت المادّة 338 من القانون المدنيّ الجزائريّ على اشتراط وحدة الخصوم للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ حيث تنصّ على أنّه "...ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجيّة إلاّ في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغيّر صفاقم وتتعلّق بحقوق لها نفس المحلّ والسّبب...". وهو نفس ما نصّت عليه المادّة 101 من قانون الإثبات المصريّ ، و المادّة 1351 من القانون المدنيّ الفرنسيّ.

ولقد سبق الحديث عن أنّ المعتبر في مفهوم الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ هي بوحدة الخصوم القانونيّة والشّرعيّة، لا مجرّد وحدتهم الذّاتية، ولهذا فلا تقتضي وحدة الخصوم بين دعويين وحدة أشخاصهم.

ولهذا فإنّه يُشترط للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ أن تتوافر الوحدة القانونيّة أو الشّرعيّة بين خصوم الدّعوى المحكوم فيها والدّعوى الجديدة[2].

وتطبيقا لذلك فإنّ الحكم الّذي يصدر في دعوى أحد طرفيها وكيل يمكن الدّفع بحجيّته في كلّ دعوى جديدة كان أحد طرفيها الأصيل متى تعلّقت بذات المحلّ والسّبب وهذا لوحدة الخصوم، والعكس صحيح متى التزم حدود الوكالة، كما أنّ الحكم الّذي يصدر في دعوى أحد طرفيها وليّا أو وصيّا أو قيّما يمكن الدّفع بحجيّته في كلّ دعوى جديدة كان أحد طرفيها الشّخص الّذي كان قاصرا وبلغ سنّ الرّشد فاستغنى عن النّيابة القانونيّة متى تعلّقت بذات المحلّ والسّبب، وهذا لوحدة الخصوم، والعكس صحيح بشرط أن يكونوا قد التزموا حدود النّيابة.

وخلافا لذلك فإنّ هذه الأحكام لو صدرت في دعاوى كان أحد طرفيها وكيل أو وليّ أو وصيّ أو قيّم، ولكنّهم تخاصموا بصفاقم الشّخصيّة لا باعتبارهم نوّاب، فإنّه لا يمكن الدّفع بحجيّتها في الدّعاوى الّتي يرفعها بعد ذلك موكلوهم أو الشّخص الّذي كان قاصرا وبلغ سنّ الرّشد[3].

يرجع البعض أساس اشتراط وحدة الخصوم إلى مبدأ حياد القاضي المدنيّ بخصوص الدّعوى المدنيّة، بمعنى أنّ الخصوم في الحكم الأوّل باشروا ادّعاءاتهم وعرضوا أدلّتهم ودفوعهم بالكيفيّة الّتي يروهنا مناسبة، والقاضي محايد في كلّ ذلك، ولهذا لم يصحّ أن يكون الحكم حجّة على من لم يدخل في الدّعوى و لم تتح لـه فرصة

---

(1) انظر: السّنهوريّ، **الوسيط**...ج2ص676.

(2) انظر: توفيق حسن فرج، **قواعد الإثبات**...ص249؛ عبد الحميد الشورابيّ، **حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائية**...ص137.

(3) انظر: السّنهوريّ، نفسه.

عرض ما لديه فيما يخصّ موضوع هذه الدّعوى، وبالتّالي فلا تعني نتيجة هذه الدّعوى متمثّلة في الحكم إلاّ من خاصم فيها، وتظهر الحقيقة القضائيّة بهذا المعنى حقيقة نسبيّة وليست حقيقة مطلقة[1].

بينما يرجع البعض الآخر أساس اشتراط وحدة الخصوم إلى احترام حقوق الدّفاع المكفولة للخصوم بمقتضى القانون، إذ أنّ هذا الأخير قد منح الخصوم حقوقا تتعلّق بالادّعاء والمطالبة القضائيّة والدّفع، ولا يمكن أن يستفيد الشّخص من هذه الحقوق إلاّ إذا كان خصما فعليّا في الدّعوى بما يتضمّن ذلك من حضور في جلساتها ومناقشاتها[2].

"فليس من العدالة في شيء أن تسري الأحكام على من لم يكن طرفا في الدّعوى، وكيف يتعدّاه الحكم وهو لم يُدْلِ بوجهة نظره و لم يسرد دفاعه، و لم يكن في مقدوره أن يدفع مزاعم خصمه؟...أليس من الجائز أنّه لو كان طرفا في الدّعوى لقدّم من الأدلّة والبراهين ما يكفي لتغيير اتّجاه المحكمة لصالحه"[3].

ويبدو لي أنّ الاتّجاه الأوّل يشوبه بعض الضّعف في التّأسيس لشرط وحدة الخصوم، إذ أنّ مبدأ حياد القاضي له فاعليّة داخل الخصومة، بمعنى أنّ إفساح القاضي للخصمين الإدلاء بما لديهم من ادّعاءات وطلبات ودفوع دون تدخّل منه إنّما ينتج أثره داخل الخصومة، وينتهي بالحكم فيها، بينما اشتراط وحدة الخصوم إنّما يكون خارج الخصومة الأولى.

وأيضا فإنّ للحجيّة كما سبق ذكره أثرين، أحدهما إيجابيّ والآخر سلبيّ، فأمّا الأثر الإيجابيّ المتمثّل في التّمسّك بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعاوى المستقبلة فإنّ الحقيقة القضائيّة تظهر مطلقة لا نسبيّة فيما فصلت فيه المحكمة ما دامت الدّعوى الجديدة تهدف إلى التّمسّك بالحكم الأوّل تأسيسا عليه في دعوى جديدة يكون الحكم بهذا المعنى حجّة على الكافّة، ويمكن لأيّ أن يتمسّك به.

وأمّا الأثر السّلبيّ المتمثّل في الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى المستقبلة فإنّ الحقيقة القضائيّة تظهر فيه نسبيّة متى اختلف الخصوم، أي قاصرة على أطراف الدّعوى الّتي صدر فيها الحكم دون غيرهم.

وبذلك يتّضح أنّ الأساس الأسلم لشرط وحدة الخصوم هو احترام حقوق الدّفاع المكفولة للخصوم ما داموا لم يكونوا أطرافا في الدّعوى الأولى، وهو حقّ كفله القانون وقرّره كما قرّر مبدأ الحجيّة على قدم سواء، فلا يكون إقراره والاعتداد به على حساب حقّ الخصوم في الدّفاع، وهو حقّ أساسيّ مكفول في القانون.

---

(1) انظر: السنهوري، **الوسيط**...ج2ص676-677.

(2) انظر: عبد الحميد الشواربيّ، **حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة**...ص137.

(3) عبد الحميد الشواربيّ، نفسه.

الفرع الثّالث: نماذج تطبيقيّة عن وحدة الخصوم في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الأصل أن لا يكون للحكم القضائيّ حجيّة إلاّ في مواجهة من كان ماثلا في الدّعوى شخصيّا، إلاّ أنّه قد تتعدّى حجيّته إلى غيرهم في حالات استثنائيّة كما في حالة حجيّة الحكم على الخلف العامّ أو الخاصّ وكذا دائنيه، بحيث يمكن الدّفع بحجيّته في الدّعاوى الّتي يرفعها الخلف العامّ والخاصّ للخصم وكذا دائنوه أو ترفع ضدّهم على اعتبار أنّ الخصم الحقيقيّ في الدّعويين هو المورّث أو الموصي أو المدين متى اتّحد المحلّ والسّبب، بينما لا يكون حجّة على الغير، ولهذا فقد آثرت أن أذكر نموذجين تطبيقيين لهذه الحجيّة كما يلي:

أوّلا: حجيّة الحكم القضائيّ على الخلف العامّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

1. حجيّة الحكم القضائيّ على الخلف العامّ في الشّريعة الإسلاميّة. إذا باشر شخص دعوى فحكم له أو عليه فإنّ دعوى ورثته أو الموصى لهم بعد وفاته بذات الحقّ المحكوم فيه تكون مرفوضة باعتبارهم يشكّلون وحدة مع سلفهم لأنّهم يخلفونه ويتلقون عنه.

ويعبّر الفقهاء عن ذلك بعدم سماع الوارث فيما لا تسمع فيه دعوى المورّث، "فإنّ دعوى الوارث لا تسمع في شيء لا تسمع فيه دعوى مورّثه أن لو كان حيّا كما إذا أقرّ مورّثه بقبض ما يخصّه من التّركة أو أبرأ إبراء عامّا لا تسمع دعوى الوارث بعده...وإذا عرف هذا في الإبراء فكذا في غيره..."[1].

أمّا إذا اختصم أحد الورثة في دعوى تتعلّق بالتّركة حُكم له أو عليه، فإنّ أقوال الفقهاء اختلفت بين من يرى أنّ هذا الحكم حجّة في مواجهة الباقين سواء اختصموا أم لا، وبين من يرى أنّه لا يكون حجّة في مواجهتهم حتّى يختصموا.

فذهب بعض الفقهاء إلى أنّ الحكم على أحد الورثة في دعوى تتعلّق بالتّركة يكون حجّة على الوارث المختصم وغيره من الورثة، قال ابن نجيم: "...لو استحقّت عين من يد وارث بقضاء ببيّنة ذكرت أنّه ورثها كان قضاء على سائر الورثة والميت فلا تسمع بيّنة وارث آخر"[2]، وفي منتهى الإرادات "القضيّة المشتملة على

---

(1) سعدي محمّد علاء الدّين أفندي، **قرّة عيون الأخبار تكملة ردّ المحتار على الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار**، مطبعة الحلبي، ط2، 1386هـ-1966م، ج7ص16.

(2) الأشباه والنّظائر....ص219.

عدد أو أعيان كولد الأبوين في الشّركة الحكم فيها لواحد أو عليه يعمّه وغيره"[1]، وهو ما يفهم من عبارة ابن تيميّة في الاختيارات الفقهيّة[2].

وذهب اتّجاه آخر إلى أنّ الحكم على أحد الورثة في دعوى تتعلّق بالتّركة لا يكون حجّة على غيره من الورثة الّذين لم يختصموا في الدّعوى بخلاف الحكم له فإنّه يكون حجّة على المحكوم عليه إذا تمسّك بـــذلك باقي الورثة، قال ابن الماجشون في الوارث يطلب حقّا أو ميراثا له أو لورثته: "...يمكّن من الخصومة في ذلك، فإن قُضي عليه، لم يكن ذلك على الغائب إلاّ بتوكيل منهم له على طلب ذلك، وإن قُضي له وأحيى ما طلب قُضي له بحظّه فقط وترك حظّ الغائب في يد المطلوب...فإن قدم الغُيّبُ أو ورثتهم فأرادوا أخذ ذلك بالحكم الأوّل أخذوه بلا استيلاء ولا خصومة ولا شيء، فإن قالوا: لا حقّ لنا فيه، تُرك في يد الّذي هو في يده إلاّ أن يكون أحد منهم مفلسا قد قام عليه غرماؤه، فلا يدفع عن نفسه ذلك بقوله، وهو حقّ قد وجب لـــه عـــن أبيه"[3]، والّذي يفهم من عبارة ابن الماجشون أنّ الحكم لا يقوم حجّة على باقي الورثة فيما يضرّهم، ويكون حجّة لهم فيما ينفعهم بشرط طلبهم أو تعلّق حقّ الغير كالغرماء به.

وقد سلكت محكمة النّقض المصريّة في تفسير قاعدة حجيّة الحكم في الدّعوى المرفوعة من أحد الورثـــة على الباقين مسلكا وجيها حيث اعتبرت أنّ هذه الحجيّة إنّما تصحّ إذا كان الوارث الواحد قد خاصـــم أو خوصم في الدّعوى طالبا الحكم للتّركة نفسها بكلّ حقّها، أو مطلوبا في مواجهته الحكم على التّركة نفسها بكلّ ما عليها، بخلاف ما لو كانت دعوى الوارث لم يكن مقصودها سوى تبرئة ذمّته من نصيبه في الـــدّين، فإنّه يكون طالبا الحكم لمصلحته الشّخصيّة لا لمصلحة عموم التّركة[4].

والحقيقة أنّ الوارث لا ينتصب ممثلا للتّركة إلاّ إذا كان وكيلا عن باقي الورثة للمخاصمة وإلاّ فإنّه لا يمثّل إلاّ نفسه، ولا يكون للحكم الصّادر في مواجهته أيّة حجيّة في مواجهة باقي الورثة لاختلاف الوضـــعيّة عنها هنا عن حالة المورّث.

2. حجيّة الحكم القضائيّ على الخلف العامّ في القانون الوضعيّ. المقصود هو حجيّـــة الحكـــم القضائيّ في الدّعوى الّتي يكون أحد طرفيها خلف عامّ لمن كان طرفا في الدّعوى المحكوم فيها، سواء أكان في

---

(1) البهوتي، ج2ص67.

(2) انظر: اختيار علاء الدّين أبو الحسن عليّ بن محمّد بن عبّاس البعليّ الدّمشقي (ت803هـ)، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص345.

(3) ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص123.

(4) نقض مدني، جلسة 11-4-1935، عمر، ج1 رقم 246، ص674 (نقلا عن: عبد الحكم فوده، **حجيّـــة الأمـــر المقضـــيّ**... ص340).

الحقيقة حجّة له (لصالحه) أو حجّة عليه (ضدّه) نظرا لما يُفترض من وحدة الخصوم بين السّلف وخلفه العامّ بين الدّعويين ممّا يمنح الخلف وكذا خصم السّلف في الدّعوى المحكوم فيها الدّفع بهذه الحجيّة تجاه كلّ دعوى جديدة يكون فيها الخلف مدّعي أو مدّعى عليه في ذات الحقّ ولذات السّبب يعتبر الحكم القضائيّ حجّة على الخلف العامّ متمثّلين في الورثة والموصى لهم[1]، وذلك أنّ الحكم كالعقد يسري أثره في حقّ من كان طرفا فيه، وعلى من يخلفه في ذلك الحقّ[2].

ولهذا فإنّ للخلف العامّ الدّفع بحجيّة الأحكام القضائيّة الصّادرة في الدّعاوى الّتي اختصم فيها سلفهم وحُكم له فيها، كما أنّ لخصومهم الدّفع بحجيّة الأحكام القضائيّة الصّادرة في الدّعاوى الّتي اختصم فيها سلفهم وحكم عليه فيها[3].

وعلّة ذلك أنّ الخلف العامّ يُعتبرون مع سلفهم وحدة في الخصومة على اعتبار أنّهم يخلفونه ويتلقّون منه، ولهذا فلو اختصم السّلف في دعوى ملكيّة عقار فحُكم له، فإنّ المحكوم ضدّه لو جدّد الدّعوى ضدّ الورثة حول ملكيّة العقار، فإنّ لهم أن يدفعوا بحجيّة الحكم الصّادر لصالح مورّثهم لأنّهم خلفه، يشكّلون معه وحدة خصوم.

وعلى العكس من ذلك فإنّه لو كان مورّثهم قد خسر دعواه وحُكم ضدّه، فإنّ للمحكوم له أن يدفع بحجيّة الحكم الصّادر ضدّ المورّث على اعتبار أنّهم خلفه وامتداده يشكّلون معه وحدة خصوم، أمّا إذا كانت صفتهم في الدّعوى الجديدة هو كونهم ورثة مثلا، ويستعملون حقّا خاصّا بهم كورثة لا حقّا تلقوه عن مورّثهم، فإنّ الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ الصّادر في الدّعوى الّتي اختصم فيها سلفهم لا يصحّ لانتفاء وحدة الخصوم[4].

ومثال ذلك أنّ القانون يمنح الورثة الحقّ في إثبات أنّ التّصرّف الصّادر من مورّثهم حال مرض موته صادر على سبيل التّبرع، فقد نصّت المادة 2/776 من القانون المدنيّ الجزائريّ على أنّه " إذا أثبت الورثة أنّ التّصرّف صدر عن مورّثهم في مرض الموت اعتبر التّصرّف صادرا على سبيل التّبرع ما لم يثبت من صدر له التّصرف خلاف ذلك".

(1) انظر: السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص679؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص296؛ توفيق حسن فرج، **قواعد الإثبات**...ص250؛ عبد الحميد الشواربيّ، **حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة**...ص137.

(2) علي عوض حسن، **الدّفع بعد جواز نظر الدّعوى**...ص108؛ عبد الحميد الشواربي، نفسه.

(3) **انظر**: السّنهوري، نفسه؛ عبد الحكم فوده، نفسه، ص298.

(4) انظر: السّنهوري، نفسه؛ عبد الحكم فوده، نفسه، ص299.

ومعنى هذا فإنّ الشّخص الّذي نازع المورّث خلال حياته في ملكيّة عقار معيّن مثلا بناء على عقد بيع فحُكم له، لا يمكن أن يدفع بحجيّة هذا الحكم دعوى ورثة خصمه الّذين يطلبون إعادة تكييف هذا التّصرّف على أساس أنّه وصيّة تمسّكا بالمادّة 776 من القانون المدني الجزائري الّتي تنصّ في فقرتيها الأولى والثّانية على أنّ " كلّ تصرّف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التّبرع يعتبر تبرّعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصيّة أيّا كانت التّسمية الّتي تعطى على هذا التّصرّف، وعلى ورثة المتصرّف أن يثبتوا أنّ التّصرّف القانونيّ قد صدر عن مورّثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطّرق، ولا يحتجّ على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التّاريخ ثابتا".

وهكذا فإنّ الورثة بالنّسبة لهذا التّصرّف لا يحقّقون وحدة خصوم مع مورّثهم، لأنّهم لا يمثّلون سلفهم في هذه الدّعوى، وإنّما يرفعونها بصفتهم الشّخصيّة، وهي كونهم ورثة، ممّا يقف حاجزا أمام دفع خصمهم بحجيّة الحكم الصّادر ضدّ مورّثهم.

وأوضح من ذلك إذا كان الورثة يستندون في دعواهم على سبب آخر غير الميراث، كأن يستندوا إلى الحيازة في المنقول لإثبات الملكيّة، فلا يصحّ دفع دعواهم بحجيّة الحكم الصّادر في دعوى مورّثهم برفضها في ملكيّة ذات المنقول.

وقد قضت محكمة النّقض المصريّة بأنّ "الحكم الصّادر في وجه إنسان لا يكون حجّة على من يخلفه من وارث أو مشتر أو متلق عنه إذا استند هذا الخلف في إثبات ملكيّته إلى سبب آخر غير سبب التّلقّي مستغنيا بذلك السّبب الآخر عن سبب التّلقّي"[1].

وممّا تجدر الإشارة إليه أنّ الوارث لا يمثّل باقي الورثة ولا يشكّل معهم وحدة خصوم ما لم يختصم بصفته ممثّلا قانونيّا للتّركة، ولهذا فإذا اختصم الوارث في دعوى تتعلّق بالتّركة، فحُكم له أو عليه فلا يكون حجّة في مواجهة الباقين ما لم يختصموا في الدّعوى، ولا يستطيع أحدهم أن يتمسّك بحكم صادر لصالح أحد الورثة في دعوى لم يكن خصما فيها[2].

(1) نقض مدني، طعن رقم 72 لسنة 3ق، قرار بتاريخ 1934/5/24 (نقلا عن: سعيد أحمد شعلة، **قضاء النّقض في حجيّة الأحكام**... ص9).

(2) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص339.

ثانيا: حجيّة الحكم القضائيّ على الخلف الخاصّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

1. حجيّة الحكم القضائيّ على الخلف الخاصّ في الشّريعة الإسلاميّة.

الخلف الخاصّ يعتبر مالكا باعتبار تلقّيه عن السّلف، وهذا بواسطة التصرّف الّذي تحقّقت به خلافته له، ومثال ذلك المشتري يعدّ خلفا خاصّا للبائع وهذا بواسطة التصرّف المتمثّل في عقد البيع، وبالتّالي فإنّ كلّ حكم قضائيّ صادر قبل هذا التصرّف متعلّقا بالمبيع وكان البائع طرفا في الخصومة الّتي أنشأته يعتبر حجّة على المشتري إن كان الحكم ضدّ البائع وحجّة له إن كان لصالحه، فيكون الحكم القضائيّ للسّلف أو عليه حجّة على الخلف الخاصّ.

وهكذا فإنّه إذا باشر شخص دعوى فحُكم له أو عليه، فإنّ دعوى من تلقّى عنه المحكوم به بشراء أو غيره لا تكون مسموعة لحجيّة الحكم الصّادر على المالك الأوّل، وكذلك فإنّ دعوى الغير على تلقّي الملك لا تكون مسموعة لحجيّة الحكم الصّادر للمالك الأوّل، وهذا لأنّ القضاء بالملك المطلق قضاء على المدّعى عليه وعلى من تلقّى الملك منه[1].

2. حجيّة الحكم القضائيّ على الخلف الخاصّ في القانون الوضعيّ.

المقصود هنا هو حجيّة الحكم القضائيّ على الدّعوى الّتي يكون أحد طرفيها خلف خاصّ لمن كان طرفا في الدّعوى المحكوم فيها، سواء أكان في الحقيقة حجّة له (لصالحه) أو حجّة عليه (ضدّه) نظرا لما يفترض من وحدة خصوم بين السّلف وخلفه الخاصّ في الدّعويين، ممّا يمنح الخلف وكذا خصم السّلف في الدّعوى المحكوم فيها الدّفع بهذه الحجيّة تجاه كلّ دعوى جديدة يكون فيها الخلف مدّعي أو مدّعى عليه في ذات الحقّ ولذات السّبب.

يعتبر الحكم القضائيّ حجّة على الخلف الخاصّ ما دام الحقّ المدّعى به قد تقرّر قبل تصرّف السّلف بالشيء إلى خلفه، أمّا إذا تقرّر بعد تصرّف السّلف فيه إلى الخلف فإنّ ذلك الحقّ لا يكون حجّة على الخلف الخاصّ[2].

فضابط وحدة الخصوم في مفهوم الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ بين السّلف والخلف الخاصّ في دعويين يكون السّلف في الأولى طرفا محكوم له أو عليه، ودعوى أخرى يكون فيها الخلف مدّعي أو مدّعى عليه في ذات الحقّ هو أسبقيّة أحد الأمرين: تقرّر الحقّ المدّعى به أو تصرّف السّلف إلى الخلف.

---

(1) انظر: ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**...ص219

(2) انظر: السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص679؛ عبد الحميد الشّواربيّ، **حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة**...ص138.

فإذا كان الحقّ المدّعى به قد تقرّر قبل تصرّف السّلف إلى الخلف كان الحكم حجّة على الخلف نظرا لأنّ هذا الأخير قد تلقّى عن سلفه الشّيء المتصرّف فيه على حالته وقد تقرّر عليه الحقّ المدّعى به، فيكون الخلف محكوما له أو عليه بهذا الحقّ المدّعى به كحال سلفه.

أمّا إذا كان الحقّ المدّعى به قد تقرّر بعد تصرّف السّلف إلى الخلف لم يكن الحكم حجّة على الخلف، نظرا لأنّ هذا الأخير قد تلقّى عن سلفه الشّيء المتصرّف فيه على حالته دون أن يتقرّر عليه الحقّ المدّعى به، فلا يكون الخلف محكوما له أو عليه بهذا الحقّ المدّعى به عكس سلفه.

ولهذا فإذا تنازع شخصان ملكيّة منقول، فقضت المحكمة لأحدهما بهذا الحقّ، ثمّ إنّ المحكوم له تصرّف في هذا المنقول بالبيع إلى شخص ثالث، فيكون هذا الأخير قد تلقّى عن سلفه هذا المنقول وقد تقرّر له حقّ الملكيّة عليه، وبالتّالي فيكون الحكم الصّادر لصالح السّلف حجّة للخلف الخاصّ في دفع دعوى يثيرها المحكوم ضدّه عليه حول ذات الحقّ المحكوم به للسّلف نظرا لوحدة الخصوم بين السّلف المحكوم له والخلف الخاصّ المتلقّي عنه، أمّا لو أنّ أحد الخصمين تصرّف في هذا المنقول بالبيع إلى شخص ثالث قبل صدور الحكم فإنّه لا يكون حجّة على المشتري نظرا لأنّ هذا الأخير قد تلقّى المبيع عن سلفه دون أن يتقرّر عليه حقّ الملكيّة لغيره، ولا يحقّق شرط وحدة الخصوم في الدّعوى مع المحكوم ضدّه.

وقد قضت محكمة النّقض المصريّة بأنّ "الحكم –وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– لا يتعدّى أثره ولا تمتدّ حجيّته إلى الخلف الخاصّ إلاّ إذا صدر قبل انتقال الشّيء موضوعه إليه واكتسابه الحُقّ عليه""[1].

ولّما كان القانون يتطلّب في بعض التّصرّفات شكليّة معيّنة كما في بيع العقار يتطلّب لنقل حقّ الملكيّة تسجيله وشهره[2]، فإنّه يشترط لكي يكون الحكم حجّة على الخلف الخاصّ أن يكون قيد الدّعوى سابقا على تسجيل التّصرّف، بحيث أنّ أسبقيّة التّسجيل ترتدّ إلى تاريخ قيد الدّعوى، وبالتّالي فلا يعتدّ بأيّ تصرّف يبرمه البائع بعد قيد الدّعوى، فيكون الحكم حجّة عليه وعلى خلفه الخاصّ، وعليه يكوّنون وحدة خصوم في مفهوم الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ ممّا يمنع المشتري من تجديد النّزاع في ملكيّة العقار.

---

(1) نقض مدنيّ، طعن رقم 1834 لسنة 54ق، قرار بتاريخ 1990/5/21 س41ص164 (نقلا عن سعيد أحمد شعلة، **قضاء النّقض المدنيّ في حجيّة الأحكام**، ص34).

(2) تنصّ المادّة 15 من قانون السجل العقاري على أنّ "كلّ حقّ للملكيّة وكلّ حقّ عينيّ آخر يتعلّق بعقار لا وجود له بالنّسبة للغير إلاّ من تاريخ يوم إشهارها في مجموع البطاقات العقارية، غير أنّ نقل الملكيّة عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة صاحب الحقوق العينيّة" وتنصّ المادّة 793 من القانون المدنيّ الجزائريّ على أنّه "لا تنتقل الملكيّة والحقوق الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حقّ الغير إلاّ إذا روعيت الإجراءات الّتي ينصّ عليها القانون وبالأخصّ القوانين الّتي تدير مصلحة شهر العقار".

وهو ما نصّت عليه المادّة 85 من قانون الشّهر العقاري"إنّ دعاوى القضاء الرّامية إلى النّطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تمّ إشهارها، لا يمكن قبولها إلاّ إذا تمّ إشهارها مسبقا طبقا للمادّة 14-04 من الأمر 75-74 المؤرّخ في 12-11-1974 المتضمّن إعداد مسح الأراضي العامّ وتأسيس السجل العقاريّ..."[1].

وعلى العكس من ذلك فإنّه إذا كان تسجيل بيع العقار سابقا على تاريخ قيد الدّعوى، فإنّه حتّى ولو صدر الحكم ضدّ البائع فإنّه لا يكون حجّة على المشتري، ولا يكوّن مع البائع وحدة خصوم في مفهوم الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ، وقد قضت محكمة النّقض المصريّة "أنّ الحكم الّذي يصدر ضدّ البائع متعلّقا بالعقار المبيع –يُعتبر و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة– حجّة على المشتري الّذي سجّل عقد شرائه بعد صدور الحكم أو بعد تسجيل صحيفة الدّعوى الّتي صدر فيها هذا الحكم، وذلك على أساس أنّ المشتري يُعتبر ممثّلا في شخص البائع له في تلك الدّعوى المقامة ضدّه وأنّه خلفه الخاصّ"[2].

ويبقى أن أشير إلى أنّه ليس للأحكام الّتي تصدر في دعوى أحد طرفيها الخلف أيّ حجيّة على السّلف، لأنّ الخلف لا يمثّل السّلف إلاّ في حالة كون السّلف مختصما في الدّعوى[3]، وقد قضت محكمة النّقض المصريّة بأنّه "لا حجيّة للأحكام الّتي تصدر في مواجهة الخلف قِبَلَ مانح الحقّ متى كان هذا الأخير لم يختصم في الدّعوى[4].

---

(1) المرسوم 76-63 المتعلّق بتأسيس السجل العقاريّ المؤرّخ في 25-03-1976، وتقابلها في القانون المصريّ المادّة 17 من قانون الشّهر العقاري الّتي تنصّ على أنّه "يترتّب على تسجيل الدّعاوى المذكورة بالمادّة الخامسة عشرة أو التّأشير بها أنّ حقّ المدّعي إذا تقرّر بحكم مؤشّر به طبقا للقانون يكون حجّة على من ترتّبت لهم حقوق عينيّة ابتداء من تاريخ تسجيل الدّعاوى أو التّأشير بها"

وتنصّ المادّة 3/17 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على أنّه "يجب إشهار عريضة رفع الدّعوى إذا تعلّقت بعقار أو حقّ عينيّ عقاريّ مشهّر طبقا للقانون، وتقديمها في أوّل جلسة يُنادى فيها على القضيّة تحت طائلة عدم قبولها شكلا"

(2) طعن رقم 33، سنة 40ق، جلسة 1975/03/18، س26، ص627 (نقلا عن: سعيد أحمد شعله، **قضاء النّقض المدنيّ في حجيّة الأحكام**، ص23)

(3) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص339.

(4) طعن رقم 713، سنة 45ق، جلسة 1980/01/15، س31، ص162 (نقلا عن: سعيد أحمد شعله، نفسه، ص26).

خلاصة مقارنة

ختاما للمبحث الموسوم بـــ "شروط الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الـــدّعوى المدنيّـــة في الشّـــريعة الإسلاميّة و القانون الوضعيّ" فإنه يمكن ملاحظة مدى التّوافق بين النّظامين في تطلّب هذه الشّروط ، ويمكن تلخيص ذلك في النّقاط التّالية:

1- يتّفق القانون الوضعيّ مع الشريعة الإسلاميّة في أنّ المعنى الدّقيق لوحدة المحل بين دعويين في المادّة المدنيّة هو كون الحقّ المقصود بلوغه في الدّعوى الجديدة هو نفسه الذّي صدر بشأنه حكم في الـــدّعوى السّـــابقة، وتتحقّق وحدة المحلّ بأن يكون ما تهدف إليه الدّعوى الجديدة هو الحصول على حكم مناقض للحكم الصّادر في الدّعوى السّابقة بحيث يقرّ حقّا أنكره سابقا أو ينكر حقّا أقرّه سابقا، ومعنى هذا أنّه لا يمكـــن التّمسّـــك بمجرّد الطّلبات الّتي يطرحها الخصوم لأنّها قد تتنوّع والعبرة في وحدتها هي إثارتها لنفس النّـــزاع وســـعيها للحصول على حكم مناقض للحكم السّابق.

2- يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة في اشتراط وحدة المحلّ في الدّعوى المدنيّة للـــدّفع بحجيّـــة الحكم القضائيّ، ويظهر ذلك جليّا في الشّريعة الإسلاميّة في ظل النهي الوارد عن إيجاد قضـــائين في قضـــاء واحد، إذ يكون القاضي ملزما بالامتناع عن نظر الدّعوى متى تحقّق من أنّ نظره لها سينجرّ عنه إصدار حكم مماثل للحكم الأوّل وهذا لغو، أو حكم مختلف وهذا منهي عنه، ويكون على الخصم الذّي يـــدفع الـــدّعوى الجديدة أن يجلي للمحكمة سعي خصمه بدعواه الجديدة من خلال طلباته إلى الوصول إلى حكـــم منـــاقض للحكم السّابق.

وكذلك تصرّح النّصوص القانونيّة باشتراط وحدة المحلّ للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ على غرار المـــادّة 338 من القانون المدنيّ الجزائريّ والمادّة 101 من قانون الإثبات المصريّ والمادّة 1351 من القانون المـــدنيّ الفرنسيّ، وهو ما يؤكّده الفقه القانونيّ على اعتبار أنّ إعادة عرض نفس الطّلبات المفصول فيها إهدار لحجيّة الأحكام وفتح لباب تناقضها.

3- يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة في تنزيل اشتراط وحدة المحلّ في الدّعوى المدنيّـــة للـــدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ على المثال التّطبيقيّ المتمثّل في "حجيّة الحكم الصّادر في الشّيء على جزئه" على اعتبار أنّ الحكم في الكّل حكم في الجزء في حالة الإيجاب بناء على أنّ الجزء بعض الكلّ، وبالتّالي فـــإنّ الـــدّعوى الجديدة المرفوعة بخصومة الجزء يجوز دفعها بالحكم المتعلّق بالكلّيّ لوحدة المحلّ.

كما يتّفقان على أنّ الحكم في الكلّ لا يكون حكما في الجزء في حالة السّلب على اعتبار أنّ نفي الكلّ لا يقتضي نفي الجزء، وبالتّالي فإنّ الدعوى الجديدة المرفوعة بخصوص الجزء لا يصحّ دفعها بالحكم المتعلّق بالكلّ لعدم وحدة المحلّ.

كما يتّفقان في تتريل شرط وحدة المحلّ في الدّعوى المدنيّة للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ على المثال التّطبيقي المتمثّل في "حجيّة الحكم الصّادر في الجزء على الكلّ" على اعتبار أنّ الحكم في الجزء لا ينصرف إلى الكلّ لأنّ غير المذكور لا يشمله الحكم، إلاّ أنّه إذا كان هذا الكلّ لا يقبل التّجزئة كان الحكم في جزئه حكم في كلّه، وبناء على ذلك فإنّ الدّعوى الجديدة المرفوعة بخصوص الكلّ لا يجوز دفعها بحجيّة الحكم الصّادر في الجزء لعدم وحدة المحلّ إلاّ إذا كان هذا الكلّ لا يقبل التّجزئة.

4- يتّفق القانون الوضعيّ مع الفقه الإسلاميّ على أنّ سبب الدّعوى هو الواقعة التي يستند إليها المدّعي في دعواه، وأنّ اتحاد السّبب بين دعويين يتحقّق بطرح نفس الوقائع التي سبق الفصل فيها بغضّ النّظر عن تقدير المدّعي لها والنّصوص التي يتمسّك بها لبلوغ طلباته.

ولئن تباينت وجهات نظر الفقه القانونيّ في تحديد سبب الدّعوى بين من يرى أنّه المصدر القانونيّ للحقّ أو المنفعة القانونيّة المدّعاة وبين من يرى أنّه مجموع الوقائع الّتي يستند إليها المدّعي في طلباته دون اعتبار لتكييفه للوقائع أو استناده إلى نصّ أو مبدأ قانونيّ معيّن فإنّ اتحاد السّبب بين دعويين إنّما يتحقّق باتّحاد الوقائع التي يستند إليها المدّعي للمطالبة بالحقّ المدّعى به، وهو موضع اتّفاق بين الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

5-يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة في اشتراط وحدة السّبب للدفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى المدنيّة، بحيث أنّ المدّعي في الدّعوى الثّانية لو تمسّك بنفس السّبب الذّي تمسّك به في الدّعوى المحكوم فيها كان للمدّعى عليه دفع دعواه بسبق الفصل فيها لوحدة السّبب ما دامت عناصر الدّعوى الأخرى متّحدة، بينما لو طرح المدّعي سببا جديدا متمثّلا في وقائع جديدة لم تبحثها المحكمة في الدّعوى الأولى لم يكن دفع المدّعى عليه خليقا بالاعتبار لعدم وحدة السّبب.

6-يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة في أنّ مفهوم الخصوم في الدّعوى ينصرف إلى أطرافها الذّين توجد بينهم خصومة حقيقيّة بحيث تنازعوا الحقوق بينهم، وكان كلّ واحد منهم طالبا أو مطلوبا في الدّعوى، كما أنّ العبرة في أطراف الدّعوى هي بصفاتهم التي يخاصمون بها.

كما يتفقان على أنّ وحدة الخصوم بين دعويين إنّما تتحقّق إذا كان نفس أطراف النّزاع بصفاقم في الدّعوى الأولى هم الذين يمثلون في الدعوّى الثانية كأطراف بنفس الصّفات، بينما إذا تغيّرت صفات الخصوم أو بعضهم في الدّعوى الجديدة عمّا كانت عليه في الدّعوى الأولى فقد انتفت وحدة الخصوم بين الدّعويين.

7-يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة في اشتراط وحدة الخصوم في الدّعوى المدنيةّ للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ، ويظهر ذلك جليا في عبارة الفقهاء بأنّ القضاء جزئيّ لا يتعدّى إلى غير المحكوم له أو عليه، ويترتّب على ذلك أن يكون القاضي مُلزما بالامتناع عن نظر الدّعوى بين نفس الخصوم متى اتّحدت صفاقم وكانت لنفس السّبب ونفس الموضوع.

وتصرّح النّصوص القانونيّة باشتراط وحدة الخصوم بنفس الصّفات للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ على غرار المادّة 338 من القانون المدنيّ الجزائريّ والمادّة 101 من قانون الإثبات المصريّ والمادّة 1351 من القانون المدنيّ الفرنسيّ، وهو ما يؤكّده الفقه القانونيّ.

8-يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة في تتريل اشتراط وحدة الخصوم في الدّعوى المدنيّة للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ على المثال التّطبيقي المتمثّل في "حجيّة الحكم القضائيّ على الخلف العامّ" على اعتبار أنّ مباشرة الورثة أو الموصى لهم للدّعوى بذات الحقّ المحكوم فيه في الدّعوى السّابقة التي باشرها مورّثهم أو الموصي تجسّد صورة لوحدة الخصوم لأنّهم يشكّلون وحدة مع سلفهم باعتبار أنّهم يخلفونه ويتلقّون عنه، وبالتّالي فإنّ الدفع بحجيّة الحكم القضائيّ لوحدة الخصوم يكون خليقا بالاعتبار، أمّا متى خاصم الخلف العام بصفة أخرى غير صفة التلقّي عن السّلف فإنّ الحكم القضائيّ الصّادر في مواجهة السّلف لا يكون حجّة عليه ولا له ولا يصحّ الدّفع به.

والحقيقة أن تطبيق وحدة الخصوم بين السّلف والخلف لا يمكن الاستناد إليها للقول بحجيّة الحكم القضائي الصّادر في مواجهة أحد الورثة على غيره من الورثة، إذ أنّه لا يشكّل معهم وحدة خصوم لأنّ أحدهم لا يخلف الآخر ولا يتلقّى عنه، بل جميعهم يتلقّى عن مورثه ولا يمكن أن ينتصب ممثلا عن التركة إلاّ إذا كان وكيلا عن باقي الورثة للمخاصمة حول التّركة، وإلاّ فإنّه لا يكون للحكم الصّادر في مواجهته أيّة حجيّة في مواجهة باقي الورثة.

كما يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة على حجيّة الحكم القضائيّ على الخلف الخاصّ وهذا لأنّ القضاء بالملك المطلق قضاء على المدّعى عليه وعلى من تلقّى الملك منه، وإنّما غاية ما في الأمر أنّه يشترط أن يكون الحقّ المدّعى به قد تقرّر قبل تصرّف السّلف فيه إلى الخلف وإلاّ لم يكن حجّة عليه.

المبحث الثّالث: شروط الدّفع بحجّية الحكم القضائيّ في الدّعوى الجزائيّة في الشّريعة الإسلامّية والقانون الوضعيّ.

تختلف الدّعوى الجنائيّة عن الدّعوى المدنيّة في كثير من الجوانب نظرا لطبيعة كلّ واحدة والحقّ الّذي تحميه، وينسحب هذا الاختلاف على الشّروط الواجبة في الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى الجنائيّة عنها في الدّعوى المدنيّة، فخلافا للدّعوى المدنيّة الّتي تفصل محلّ الدّعوى عن سببها كشرطين مختلفين للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ فإنّ غالب الفقه ومعه التّشريع يذهبان إلى ضمّ الشّرطين في شرط واحد وهو وحدة الموضوع أو وحدة الواقعة.

وكذلك فإنّ وحدة الخصوم المعتبرة كشرط للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في المادة المدنيّة يُستعاض عنها بشرط وحدة المتّهم ما دامت النّيابة العامّة طرفا أصيلا في الخصومة الجنائيّة، فلم يبق إلاّ اشتراط ثبات الخصم الثّاني وهو المتّهم.

لأجل ما تقدّم فقد تناولت شروط الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في المادّة الجنائيّة في مطلبين هما:

المطلب الأوّل: وحدة الموضوع(الواقعة) في المادة الجزائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الثّاني: وحدة المتّهم في المادة الجزائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الأوّل: وحدة الموضوع (الواقعة) في الدّعوى الجزائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يعتبر موضوع الدّعوى الجزائيّة أهمّ عنصر فيها، بحيث أنّ وحدة الوقائع بين دعـويين تكـون سـببا لانقضاء الدّعوى العموميّة الرّامية إلى تطبيق العقوبة، وهو ما دلّت عليه المادّة 2/06 من قانون الإجـراءات الجزائيّة، ولهذا سأعرض لهذا المطلب في فرعين على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: مفهوم وحدة الموضوع (الواقعة) في الدّعوى الجزائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الثّاني: اشتراط وحدة الواقعة للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى الجزائيّة في الشّريعة الإسـلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الثّالث: نماذج تطبيقيّة عن وحدة الموضوع (الوقائع) في الدّعوى الجزائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: مفهوم وحدة الموضوع (الواقعة) في الدّعوى الجزائيّة في الشّريعة الإسـلاميّة والقانون الوضعيّ.

أوّلا: مفهوم وحدة الموضوع (الواقعة) في الدّعوى الجزائيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

تعتبر الوقائع المنسوبة للمتّهم موضوع الدّعوى الجنائيّة بحيث أنّ جهد القاضي ينصبّ على بحث تكييف الوقائع ونسبتها إلى المتّهم، ومعنى هذا أنّ موضوع الدّعوى الجنائيّة هو الجريمة المتابع من أجلها المتّهم.

وقد عُرّفت الجريمة بأنّها "محظورات شرعيّة زجر الله تعالى عنها بحدّ أو تعزير"[1]، ويمكن الاستعاضة عن مصطلح الجريمة بالجناية، ولا يمنع من ذلك تعارف الفقهاء على إطلاق لفظ الجناية على الجرائم الواقعة علـى نفس الإنسان أو أطرافه[2].

فأمّا المحظورات الشرعيّة فهي الأفعال الّتي منع الشّرع إتيانها كالقتل والسّرقة والزّنا، وقد ثبت الزّجـر عنها بإيجاب عقوبات على فاعليها، وهذه العقوبات إمّا أن تكون حدودا، وهي العقوبات المقـدّرة شـرعا[3] كحدّ الرّدّة وحدّ القذف وحدّ الزّنا، إذ أنّها محدّدة بنصوص شرعيّة، أمّا التّعزير فهو تأديب على ذنـوب لم

(1) الماوردي، **الأحكام السطانيّة**...ص374. ويعدّ هذا التّعريف بالمعنى الأخصّ الّذي يتعلّق بالقضاء في الدّنيا، أمّا المعنى الأعمّ فهو القيام بفعل محرّم معاقب على فعله، أو ترك فعل مأمور به معاقب على تركه (انظر: محمّد أبو زهرة، **الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلاميّ (الجريمة)**، دار الفكر العربيّ، القاهرة، مصر، 1998م، ص20؛ عبد القادر عودة، **التّشريع الجنائيّ الإسلاميّ**،ج1ص66).

(2) انظر: عبد القادر عودة، نفسه.

(3) انظر: الماوردي، نفسه، ص377.

تُشرع فيها الحدود[1]، كسرقة ما لم يبلغ نصاب القطع فهو متروك لأولياء الأمر تقديره بحسب ما يدفع الفساد ويمنع الشرّ[2].

ولعلّه من الضروريّ الإشارة هنا إلى أنّ وظيفة القاضي في عقاب المجرمين هو من أعظم أبواب الأمر بالمعروف والنّهي عن المنكر المأمور بهما شرعا، ولهذا فبغضّ النّظر عمّن حرّك الدّعوى الجنائيّة، فإنّ وظيفة القاضي هي بحث الوقائع الّتي اطّلع عليها وإيقاع العقوبات على فاعليها متى رفعت إليه، وهكذا يكون تحقّق وحدة الموضوع بين دعويين حال عرض نفس الوقائع الّتي سبق الحكم فيها في الدّعوى الأولى من خلال عرضها في دعوى ثانية.

ويستمدّ هذا التّحديد لتحقّق وحدة الموضوع بين الدّعويين بوحدة الوقائع جديّته من عبارة الحديث الجامعة في قوله ﷺ: **"لا يقضينّ أحد في قضاء بقضائين"**[3]، فإنّ مدلول الحديث النّهي عن القضاء في الأمر الواحد بقضائين مختلفين، والأمر الّذي يقضي فيه القاضي في الدّعوى الجنائيّة هو ما يعرض عليه من وقائع منسوبة للمتّهم، فتكون وحدة الموضوع بين الدّعويين هي بوحدة الأمر المطروح لقضاء القاضي.

ثانيا: مفهوم وحدة الموضوع (وحدة الواقعة) في الدّعوى الجزائيّة في القانون الوضعيّ.

اختلف الفقه في تحديد موضوع الدّعوى الجزائيّة، هل هو ما يطالب به المدّعي من توقيع العقاب أو هو الواقعة المتابع عليها؟

فيذهب الرّأي الأوّل إلى مسايرة الدّعوى المدنيّة في التّفريق بين موضوع الدّعوى وسببها، بحيث يعتبر أنّ سبب الدّعوى الجنائيّة هو الجريمة أو الواقعة، بينما موضوعها هو ما يطالب به المدّعي من توقيع العقاب أو التّدبير الاحترازي[4]، وفي ضوء هذا الرّأي تختلف أسباب الدّعاوى الجنائيّة باختلاف وقائعها بينما يبقى موضوعها واحدا وهو طلب معاقبة المتّهم[5].

---

(1) انظر: الماوردي، **الأحكام السطانيّة**...ص401.

(2) انظر: أبو زهرة، **الجريمة**...، ص20 .

(3) سبق تخريجه ص 55 من هذا البحث.

(4) انظر: إدوار غالي الذّهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص69-70.

(5) يؤيّد هذا الاتّجاه قرار محكمة النّقض المصريّة بأنّ "وحدة الموضوع تتوافر في كلّ القضايا الجنائيّة لأنّ الموضوع في كلّ قضيّة جنائيّة هو طلب عقاب المتّهم أو المتّهمين المقدّمين للمحاكمة" (نقض 1934/10/29، القواعد القانونيّة، ج3، رقم 281، ص374، نقلا عن: عبد الحكم فوده، **حجية الأمر المقضيّ**...ص379)

وهكذا يكون الحديث عن وحدة الموضوع في الدّعاوى الجنائيّة في ظلّ هذا الرّأي أمر مفروغ منه على أساس أنّ جميع الدّعاوى الجنائيّة تتّفق في موضوعها وهو طلب إيقاع العقوبة على المتّهم[1].

بينما يذهب الرّأي الثّاني إلى اعتبار سبب الدّعوى هو ذات موضوعها، وهو الواقعة الإجراميّة، فهي عبارات مختلفة تدلّ على معنى واحد في الدّعوى الجنائيّة[2]، وهكذا في ضوء هذا الرّأي تختلف أسباب الدّعاوى الجنائيّة ومواضيعها باختلاف الوقائع، إذ تبحث المحكمة وصف الفعل ونسبته إلى الفاعل، وهي صميم وقائع الجريمة، ويكون اتّحاد الموضوع في ظلّ هذا الرّأي بمعنى وحدة الجريمة أو الواقعة، بحيث تكون نفس الأفعال الّتي حوكم من أجلها المتّهم في الدّعوى الأولى هي المتابع بها في الدّعوى الجديدة.

وقد انتُقد الرّأي الأوّل بجملة انتقادات أهمّها:

- إنّ القول بأنّ موضوع الدّعوى الجنائيّة هو ما يطالب به المدّعي من توقيع العقاب أو التّدبير الاحترازي يؤدّي إلى أن يكون موضوع الدّعاوى الجنائيّة جميعها واحدا، لأنّ طلب النّيابة فيها جميعها هو معاقبة المتّهم، وهو ما لا يتّفق مع طبيعة الموضوع القابل للتّغيّر والتّبدّل[3].
- إنّ القاضي الجنائيّ لا يتقيّد بطلبات النّيابة، فقد يحكم بالبراءة أو بأزيد ممّا تطلبه، وقد يحكم بالعقوبة رغم مطالبة النّيابة بالبراءة، كما أنّ بحثه ينصبّ على دراسة الواقعة محلّ المتابعة من حيث صحّة وقوعها ونسبتها إلى المتّهم وتكييفها وغيرها من المسائل المتشعّبة والمتعلّقة بالجريمة، وهذا خلافا للقاضي المدنيّ الّذي يتقيّد بطلبات الخصوم بناء على مبدأ حياد القاضي المدنيّ.

بينما انتُقد الرّأي الثّاني بجملة انتقادات أهمّها:

- إنّ اعتبار الجريمة في ذات الوقت سببا وموضوعا للدّعوى الجنائيّة يبدو متناقضا مع طبيعة الأشياء، لأنّ الجريمة تمثّل في الحقيقة سندا للمدّعي في طلب إيقاع العقوبة على المتّهم وليست محلّ المطالبة، بينما تتناول المحكمة في بحثها طلب إيقاع العقوبة من النّيابة العامّة، ثمّ تحكم فيه.
- إنّ الوصف الّذي ينسبه المدّعي للواقعة الإجراميّة مجرّد تفصيل سند، وليس موضوع الدّعوى، إذ لا يستجيب القاضي لطلبات النّيابة العامّة إلاّ إذا ثبت لديه اتّصاف الفعل بوصف إجراميّ معيّن.

ويبدو أنّ الرّأي الثّاني رغم وفائه في تحديد شروط الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في المادّة الجنائيّة لما قرّره في المادّة المدنيّة، بحيث اشترط نفس الشّروط بما فيها وحدة الموضوع الّتي فسّرها كما فعل في المادّة المدنيّة

---

(1) انظر: إدوار غالي الذّهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص69.

(2) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص378.

(3) انظر: عبد الحكم فوده، نفسه.

بأنّها طلبات الخصوم، والّتي خلصت على طلب جهة واحدة وهي النّيابة بنفس المضمون وهو معاقبة المتّهم، إلاّ أنّه تجاهل حقيقة موضوع الدّعوى الجنائيّة، بمعنى القضيّة الّتي ينصبّ عليها بحث المحكمة ويرد عليها حكمها، وهي في الحقيقة ذات الفعل المتابع به المتّهم من حيث صحّة وقوعه ونسبته إليه وتكييفه، والقاضي بذلك يتجاوز بهذا البحث حدود رأي النّيابة وتصوراتها، كما لا يلتزم ولا يتقيّد بطلباتها، إذ له أن يحكم بأزيد ممّا تطلبه، وهكذا فإنّ حقيقة موضوع الدّعوى الجنائيّة ليس هو طلبات النّيابة، بل هو الواقعة محلّ البحث ذاتها.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى ما قيمة شرط وحدة الموضوع في مفهوم الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ إذا كانت كلّ الدّعاوى متّحدة الموضوع متمثّلا في طلب النّيابة إيقاع العقوبة على المتّهم؟

فهذا الشّرط حتّى إن صحّ من النّاحية النّظريّة –وهو غير صحيح لطبيعة الدّعوى الجنائيّة– فهو عديم الفائدة من النّاحية العمليّة ما دام قاسما مشتركا بين جميع الدّعاوى ممّا يدعو إلى الاستغناء عنه، لأنّ فائدة الشّرط أن يُخرج الحالات الّتي تخلو منه من مجال الحجيّة، وهو لا يَخرج به حكم ولا تَمتنع به دعوى.

إضافة لذلك فإنّ المادّة 2/311 من قانون الإجراءات الجزائيّة قد حدّد شروط امتناع إعادة المحاكمة أو الدّفع بسبق الفصل في المادّة الجزائيّة بشرطين هما: وحدة الوقائع، ووحدة المتّهم، حيث نصّت على أنّه "لا يجوز أن يُعاد أخذ شخص قد برأ قانونا أو اتّهامه بسبب الوقائع نفسها حتّى لو صيغت بتكييف مختلف"، لأجل ما تقدّم فقد رأيت أن أرجّح اعتماد هذين الشّرطين للدّفع بحجيّة الحكم الجنائيّ.

ويكون مفهوم وحدة الموضوع كما سبق الإشارة إليه بمعنى وحدة الواقعة، فمتى تمّت متابعة شخص بوقائع سبق أن حوكم عليها سواء أَحُكم بالبراءة أم بالإدانة فإنّنا نكون بصدد حالة وحدة موضوع بين الدّعوى المحكوم فيها والدّعوى الجديدة.

وتدور الدّعوى الجنائيّة حول الوقائع المتابع بها المتّهم، ولهذا فإنّ تحقّق وحدة المحلّ تكون في تحقّق كون المتّهم متابعا في دّعوى ثّانية بنفس الوقائع الّتي توبع بها من قبل في دعوى سابقة وتمّ الحكم عليه فيها بالإدانة أو بالبراءة.

ومع ذلك فإنّ الدّفع بسبق الفصل في الدّعوى الجنائيّة لوحدة المحلّ بين الدّعويين نظرا لوحدة الواقعة يطرح مشكل معيار اعتبار هذه الوحدة، فهل تكفي الوحدة المادّيّة للواقعة للقول بوحدة المحلّ بين الدّعويين، أم يجب أن تنضمّ إليها وحدة الركن المعنويّ، أم أنّ وحدة المحلّ لا تتوقّف على مجرّد وحدة الواقعة (مادّيّا ومعنويّا) بل تتعدّى إلى وحدة الإثبات؟ وفيما يلي عرض لهذه المعايير الثّلاثة بشكل مختصر، للخلوص إلى المعيار المختار.

المعيار الأوّل: معيار وحدة الإثبات. يرى أصحاب هذا الرأي أنّ وحدة المحلّ تتحقّق من خلال وحدة أدلّة إثبات أركان الجريمة، ولهذا فإذا اختلفت أدلّة الإثبات بين الدّعوى السّابقة المحكوم فيها والدّعوى الجديدة فلا مجال للقول بوحدة المحلّ ولو اتّحدت الواقعة ماديّا ومعنويّا.

وينتج عن ذلك جواز تجديد متابعة المتّهم ذاته من أجل نفس الوقائع إذا اختلفت أدلّة الإثبات في الدّعوى الجديدة عنها في الدّعوى الّتي صدر بشأنها حكم في موضوعها، ولهذا إذا قضت المحكمة ببراءة المتّهم لعدم وجود الأدلّة أو عدم كفايتها، فإنّ هذا لا يمنع من تجديد الدّعوى حول ذات الوقائع وضدّ نفس المتّهم إذا توفّر من الأدلّة ما يفيد ارتكابه لها.

بل إنّ القضاء الأنجلو أمريكي ذهب إلى جواز إعادة متابعة المتّهم بدعوى جديدة كلّما استجدّت أدلّة إثبات لم يسبق تقديمها في الدّعوى الأولى حول نفس الوقائع. وحتّى في حالة الإدانة فإنّ وصف الجريمة إذا تغيّر إلى الأشدّ فإنّه يمكن إعادة الحكم في ضوء الوصف الأشدّ[1].

وقد انتقد هذا الرّأي لأنّه يسمح بإعادة محاكمة المتّهم عن جميع الأوصاف القانونيّة للواقعة الواحدة وفي ذلك إسراف خطير في العقاب يتنافى مع مبدأ عدم جواز محاكمة الجاني عن فعله أكثر من مرّة[2].

المعيار الثّاني: معيار وحدة الرّكن المعنويّ. يرى أصحاب هذا الرّأي الثّاني أنّ وحدة المحلّ تتحقّق بوحدة الركن المعنويّ للجريمة، ولهذا فإذا اختلفت صورة الركن المعنويّ في الجريمة بين الدّعوى السّابقة المحكوم فيها والدّعوى الجديدة فلا مجال للقول بوحدة المحلّ ولو اتّحدت الواقعة الماديّة[3].

ولهذا فلو أقيمت الدّعوى ضدّ شخص بناء على وقائع مشكّلة لجريمة غير عمديّة فلا يمنع ذلك من إعادة متابعته على ذات الوقائع متى ثبت تحقّق القصد الجنائيّ لديه، وقد قضت محكمة النّقض الفرنسيّة بأنّ "متابعة الزّوج عن قتل زوجته بسبب الإهمال لا يمنع من تجديد المتابعة ضدّه من أجل القتل العمدي لزوجته"[4].

وهذا المعيار بدوره يفتح باب إعادة المحاكمة للمتّهم كلّما جدّ في تصوّر الرّكن المعنويّ شيء، ويقود إلى الإسراف في العقاب.

---

(1) انظر: أحمد فتحي سرور، **الوسيط**... ص182.

(2) انظر: عبد الحميد الشّواربيّ، **حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة**...ص295.

(3) انظر: نفسه.

(4) crim.25mars1954.cité par : J. FOSSEREAU. , *op. cit.*, P.07.

المعيار الثّالث: معيار وحدة الواقعة الإجراميّة. يرى أصحاب هذا الرأي أنّ وحدة المحلّ تتحقّق بوحدة وقائع الجريمة، على اعتبار أنّها محور النّشاط الإجراميّ الّذي يعتدّ به القانون، وهذا الأخير يتدخّل اعتبارا من الأفعال المرتكبة، وهي الواردة في أمر الإحالة أو التّكليف بالحضور[1].

ويظهر هذا المعيار أفضل من سابقيه على أساس أنّه أكثر تحقيقا لمبدأ منع إعادة المحاكمة للمتّهم، كما أنّه يحافظ على المراكز القانونيّة الّتي يحدّدها الحكم الجنائيّ، بحيث لا تكون محلاّ للمراجعة وإعادة النّظر، كما أنّ مصلحة المجتمع تتحقّق بمجرّد إيقاع العقوبة الّتي نطق بها الحكم، بحيث لا يكون رفع دعوى جديدة بنفس الواقعة لظهور أدلّة إثبات جديدة، أو لتوافر ما يدلّ على اختلاف صورة الرّكن المعنويّ في الجريمة فائدة حقيقيّة تعود على المجتمع، إذ أنّ المصلحة قد تحقّقت بخضوع المتّهم للمحاكمة وسلطة القضاء.

كما أنّه من الضّروريّ حفظ حريّة الأفراد في مواجهة ما يملكه المجتمع ممثّلا في أجهزة القضاء، إذ من حقّ الفرد أن يأمن على نفسه من المتابعة والحكم بالعقوبة على فعل ما دام قد صدر بشأنه في ذلك الفعل حكم بالبراءة، أو أعفي من المتابعة، أو حكم عليه بعقوبة أخفّ لعدم قيام أدلّة إثبات على صفة الفعل المستحقّة للعقوبة الأشدّ أو صورة الرّكن المعنويّ المقتضية للعقوبة الأشدّ.

وقد أخذ المشرّع الجزائريّ بمعيار الواقعة الماديّة لإثبات تحقّق وحدة المحلّ، حيث نصّت المادّة 2/311 من قانون الإجراءات الجزائيّة بأنّه "لا يجوز أن يُعاد أخذ شخص قد برأ قانونا أو اتّهامه بسبب الوقائع نفسها حتّى ولو صيغت بتكييف مختلف"[2].

ورغم أنّ المشرّع الجزائريّ أورد هذه المادّة ضمن الأحكام الخاصّة بمحكمة الجنايات، إلاّ أنّ اجتهاد المحكمة العليا عمّم تطبيق هذا النصّ على كلّ أنواع الجرائم مهما كان وصفها (جناية،جنحة، مخافة) حيث قضت المحكمة العليا بنقض وإبطال القرار القاضي بإدانة شخص بعام حبس نافذ من أجل جنحة إصدار شيك بدون رصيد، لأنّ المتّهم سبق له أن أدين وحكم عليه على نفس الوقائع وبناء على نفس الشّيك استنادا إلى قاعدة عدم جواز إدانة المتّهم على نفس الواقعة مرّتين[3].

---

(1) انظر: أحمد فتحي سرور، **الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائيّة**، ص184؛ عبد الحميد الشّواربي، **حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة**، ص295.

(2) وهو ما نصّت عليه المادّة (1/454) إجراءات جنائيّة مصريّة حيث تقول: "الدّعوى الجنائيّة تنقضي بالنّسبة للمتّهم المرفوعة عليه أو الوقائع المسندة إليه"

(3) نقض جنائيّ، طعن رقم 117680، قرار بتاريخ 1996/07/14، **النّشرة القضائيّة**، العدد 52، سنة 1997م، ص147.

الفرع الثّاني: اشتراط وحدة الواقعة للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في المادّة الجنائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

أوّلا: اشتراط وحدة الواقعة للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في المادّة الجنائيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

يُشترط للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في المادّة الجنائيّة في الشّريعة الإسلاميّة أن تكون الوقائع الّتي سبق أن تمّت محاكمة المتّهم على أساسها هي ذاتها موضوع الدّعوى الجديدة.

ولا يفرّق الفقه الإسلاميّ في نصوصه بين الدّعوى الجنائيّة والمدنيّة على اعتبار أنّ بحثه للحجيّة لم يميّز بين الحكم الجنائيّ والحكم المدنيّ، كما أنّ حديث النبيّ ﷺ: **"لا يقضينّ أحد في قضاء بقضائين"**[1] لم يخصّص فيه نوع القضاء، وذلك أنّ نهي النبيّ ﷺ عن القضاء في الأمر بقضائين نهي للحاكم من أن يصدر حكما في دعوى جنائيّة مخالف لما سبق أن حكم به، ولهذا كان للمتّهم أن يدفع كلّ دعوى جديدة تهدف إلى طرح ما سبق الحكم فيه للنّظر تمسّكا بالحجيّة الّتي قرّرها الحديث، وكان على القاضي متى اطّلع على وحدة الموضوع المبحوث في الدّعويين أن يرفض نظر الدّعوى الجديدة على اعتبار أنّ الحكم الشّرعيّ المستفاد من الحديث قاعدة عامّة يلتزم بتطبيقها الجميع، بل هي في حقّ القضاة أوكد والنّهي موجّه إليهم ابتداء.

وعلى العكس من ذلك فإنّه متى تباينت الوقائع ولو مع اتّحاد شخص المتّهم فإنّ واجب القاضي نظر الدّعوى والحكم فيها قياما بواجبه في الإخبار عن أحكام الشّريعة والإلزام بها، وكان عليه رفض كلّ دفع يهدف إلى منع نظر الدّعوى بحجّة سبق نظرها.

ثانيا: اشتراط وحدة الواقعة للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في المادّة الجنائيّة في القانون الوضعيّ.

يشترط للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في المادّة الجنائيّة أن تكون الوقائع الّتي حوكم المتّهم عنها هي ذاتها الّتي تتضمّنها الدّعوى الجديدة، وعلى العكس من ذلك فإنّ اختلاف الوقائع يعني تعدّد موضوع الدّعوى وبالتّالي عدم صحّة الدّفع بسبق الفصل، وحينئذ يتعيّن الاستمرار في نظر الدّعوى[2].

---

(1) سبق تخريجه ص 55 من هذا البحث.

(2) انظر: إدوار غالي الذّهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص71؛ عبد الحميد الشّواربيّ، **حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة**...ص294؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**، ص382؛ أحمد شوقي الشلقانيّ، **مبادئ الإجراءات الجزائيّة في التّشريع الجزائريّ**، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر، 1999م، ج1ص90.

وقد قضت المحكمة العليا بأنّه "يشترط أيضا لصحّة الدّفع بعدم جواز نظر الدّعوى لسبق الفصل فيها أن تكون الواقعة المطلوب محاكمة المتّهم من أجلها هي بعينها الّتي سبقت محاكمته عنها..."[1].

ولا يعتبر مجرّد تماثل الوقائع في النّوع أو في الوصف القانونيّ، أو ارتباطهما ارتباطا بسيطا بحيث يكون لكلّ واقعة ذاتيتها واستقلالها، لا يعتبر كلّ ذلك صورة لوحدة الواقعة الّتي تكون أساسا للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ[2].

بينما لا يؤثّر على اتّحاد الواقعة اختلاف الوصف القانونيّ أو التّكييف المختلف لها، لأنّ الحجيّة منوطة بوحدة الواقعة الماديّة دون اعتداد بالوصف والتّكييف[3].

الفرع الثّالث: نماذج تطبيقيّة عن وحدة الموضوع (الوقائع) في الدّعوى الجزائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

إنّ اشتراط وحدة الواقعة أو وحدة الجريمة للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ يقتضي بمفهوم المخالفة أنّ اختلاف الجرائم يمنع الدّفع بحجيّته، ومعنى هذا أنّه متى تعدّدت الوقائع بحيث شكّلت جرائم مستقلّة فإنّه تجوز إعادة متابعة نفس الشّخص عن هذه الجرائم المستقلّة كلّ على حدة[4].

---

(1) نقض جنائيّ، قرار بتاريخ 1983/06/14، **سلسلة الاجتهاد القضائيّ**، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر، ص83.

(2) ومثال التّماثل في الوصف القانونيّ أن يرتكب شخص جريمة سرقة لمنزل ثمّ يرتكب جريمة سرقة لمنزل آخر، فإنّ التّماثل هنا لا يعني مطلقا وحدة الواقعة كما هو واضح، أمّا الارتباط البسيط فيكون حال الجرائم المستقلّة الّتي تكون بينها علاقة تجعل من عناصر الإثبات في بعضها ذات أهمّيّة في البعض الآخر، كارتباط جريمة إخفاء الأشياء المسروقة بجريمة السّرقة، ويقوم الارتباط بين الجريمتين على أساس إمداد أحداهما الأخرى بالوسائل اللازمة لوقوعها أو بتسهيلها، أو لتأمين الإفلات من العقاب، وفي كلّ الحالات فإنّ وحدة الواقعة غير متوفّرة.

(3) قضت المحكمة العليا بأنّه "متى كان من الثّابت أنّ المتّهم استفاد بأمر نهائيّ بأن لا وجه للمتابعة فيما يخصّ استعمال السّلاح أثناء اعتدائه على الضّحيّة فإنّه لا يجوز من بعد ذلك إعادة تكييف الواقعة بالجرح العمد المرتكب بسلاح وإدانته على أساس المادّة 266 من قانون العقوبات وإلاّ ترتّب على ذلك النّقض" (نقض جنائيّ رقم 44591، تاريخ 1988/01/15 (انظر: **المجلة القضائيّة**، العدد2، سنة 1990، ص284)

(4) لا يعدّ القضاء بعقوبة واحدة سالبة للحرّيّة في حالة تقديم المتّهم للمحاكمة بشأن جملة من الجرائم مظهرا من مظاهر الحجيّة بمبرّر عدم جواز متابعة المدان على إحدى هذه الجرائم إذا حكم عليه بالعقوبة المقرّرة للجريمة الأشدّ حال كون الوقائع الّتي تمّت متابعته من أجلها جنحة أو جناية على ما نصّت عليه المادّة 34 من قانون العقوبات الجزائريّ "في حالة تعدّد جنايات أو جنح محالة معا إلى محكمة واحدة فإنّه يُقضى بعقوبة واحدة سالبة للحرّيّة ولا يجوز أن تجاوز مدّتها الحدّ الأقصى للعقوبة المقرّرة قانونا للجريمة الأشدّ"، وكذلك لا يعدّ تنفيذ العقوبة الأشدّ وحدها حال صدور عدّة أحكام سالبة للحرّيّة بسبب تعدّد المحاكمات مظهرا من مظاهر الحجيّة بمبرّر عدم تنفيذ العقوبة الأخفّ أو ضمّها في نطاق الحدّ الأقصى المقرّر قانونا للجريمة الأشدّ على ما نصّت عليه المادّة 35 من قانون العقوبات الجزائريّ "إذا صدرت عدّة أحكام سالبة للحرّيّة بسبب تعدّد المحاكمات فإنّ العقوبة الأشدّ وحدها هي الّتي تنفّذ، ومع ذلك إذا كانت العقوبات المحكوم بها من طبيعة واحدة فإنّه

إلاّ أنّ هذا التّعدّد وإن كان يقتضي الاستقلال في بعض الصّور بما لا يدع مجالا للشّكّ في انتفاء وحدة الوقائع، بحيث تتعدّد الأنشطة الإجراميّة تعدّدا ماديّا حقيقيّا بحيث نكون أمام جرائم مختلفة وبالتّالي فإنّه يكون الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ غير خليق بالاعتبار لانتفاء وحدة الموضوع[1]، فإنّه لا ينفي في صور أخرى وجود ارتباط يقتضي الوحدة بما لا يدع مجالا للشّكّ في تحقّق وحدة الوقائع، بحيث تتعدّد الأنشطة لتكوّن جريمة واحدة فيكون الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ خليق بالاعتبار، ولهذا الارتباط صور مختلفة وقد اخترت بعضا منها على النّحو التّالي:

أوّلا: الجرائم المستمرّة: (les délits continus)

1. الجرائم المستمرّة في الشّريعة الإسلاميّة. عرّف الفقه الإسلاميّ الجريمة المستمرّة بأنّها الّتي يستغرق تحقّقها زمنا معيّنا مع قصد الجاني إلى إيقاعها[2]، ومن أمثلتها الامتناع عن إخراج الزّكاة، والامتناع عن تسليم المحضون إلى حاضنته[3]، وقد ساق الدّسوقي[4] المالكيّ مثالا يمكن عدّه منها فقال: "يُقتصّ ممّن منع الطّعام والشّراب ولو قصد بذلك التّعذيب"[5].

فإنّ الامتناع عن إخراج الزّكاة مثلا يمثّل وقائع متكرّرة سلبيّة، وجريمة الامتناع هذه تتجدّد بتجدّد كلّ لحظة من وقت الامتناع على اعتبار أنّ الفعل السلبيّ المتمثّل في الامتناع مقترنا بقصد منع الزّكاة عن مستحقّها يشكّل جريمة يستغرق تحققها زمنا معيّنا ليتأكّد فعل الامتناع وقصد الجاني له.

وهكذا فإنّ الوقائع السلبيّة المتكرّرة باعتبار التّرابط القائم بينها تشكل وحدة جريمة، ويترتّب عن ذلك أنّه لو أُخذ الممتنع بفعلته فإنّ الحكم الصّادر يشمل كلّ أجزائها المكوّنة لها، وبالتّالي فلا يجوز أخذه مرّة

يجوز للقاضي بقرار مُسبّب أن يأمر بضمّها كلّها أو بعضها في نطاق الحدّ الأقصى المقرّر قانونا للجريمة الأشدّ" لأنّ الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ يقتضي أساسا وحدة الوقائع أي جريمة واحدة، وهو ما لا يتوفّر في الحالتين، ولهذا قضت المحكمة العليا بأنّه "...لا يجوز الدّفع بقوّة الشيء المحكوم فيه إذا كانت الجريمتان المرتكبتان من نفس الشّخص متميّزتين وتعدّدت المتابعة بشأنهما، بل كلّ ما يفرضه القانون في هذه الحالة وهو أنّه إذا صدرت عدّة أحكام سالبة للحريّة فإنّ العقوبة الأشدّ وحدها هي الّتي تنفّذ..." (نقض جنائيّ، قرار بتاريخ 1983/06/14، **سلسلة الاجتهاد القضائيّ**، ديوان المطبوعات الجامعيّة، ص83)

(1) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص382.

(2) انظر: عبد القادر عودة، **التّشريع الجنائيّ الإسلاميّ**، ج1ص96؛ أحمد فتحي بهنسيّ، **المسؤوليّة الجنائيّة في الفقه الإسلاميّ** دراسة فقهيّة مقارنة، دار الشّروق، القاهرة، مصر، ط3، 1404هـ-1984م، ص52-53.

(3) انظر: حسن علي الشّاذلي، **النّظريّة العامّة للجريمة (الجريمة)**، دار الكتاب الجامعيّ، القاهرة، مصر، ص504.

(4) هو محمّد بن أحمد بن عرفة المالكيّ، ولد في دسوق (قرية من قرى مصر) وتعلّم وأقام وتوفّي بالقاهرة سنة 1230 هجريّة، من مؤلّفاته "الحدود الفقهيّة" و"حاشية على الشّرح الكبير لمختصر خليل) (انظر: الزّركليّ، **الأعلام**، ج6ص179).

(5) حاشية الدّسوقي، ج4ص215.

أخرى عن واقعة تدخل في تكوين الجريمة المستمرّة المحكوم فيها وهذا ما دامت قد وقعت قبل صدور الحكم، أمّا إذا وقعت بعده فلا يصحّ دفعها بسبق الفصل[1].

2. الجرائم المستمرّة في القانون الوضعيّ. الجريمة المستمرّة هي الّتي يستغرق تحقّق ركنها المادّيّ والمعنويّ زمنا معيّنا[2]، ويكون الركن الماديّ في هذه الجرائم عبارة عن وقائع تتكرّر لمدّة زمنيّة معيّنة مع اتّجاه إرادة المجرم إلى تحقيق تلك الوقائع طيلة تلك المدّة، سواء أكانت سلبيّة كجريمة عدم الإبلاغ عن المواليد والوفيات أم إيجابيّة كجريمة البناء دون ترخيص.

ولّما كانت الجريمة المستمرّة تتكوّن من عدّة وقائع متكرّرة، فإنّها تحقّق فيما بينها وحدة جريمة باعتبار التّرابط القائم بينها وتدخّل إرادة الجاني للعمل على استمرار مادياقا وكذلك وحدة الحقّ المعتدى عليه، ولهذا فإنّ الحكم الصّادر بشأن الجريمة المستمرّة يشمل كلّ أجزائها المكوّنة لها، وعليه فإذا رفعت دعوى بأيّة واقعة تدخل في تكوين الرّكن الماديّ لها حتّى ولو لم تُكتشف إلاّ بعد صدور الحكم ما دامت قد وقعت قبل صدوره فإنّها تدفع بحجيّة الحكم القضائيّ لوحدة الواقعة، أمّا إن وقعت بعد صدوره فإنّها لا تدفع بحجيّة الحكم القضائيّ لأنّها لا تعدّ جزءا من الوقائع المحكوم فيها[3].

وقد قضت محكمة النّقض المصريّة بأنّ "...محاكمة الجاني على جريمة مستمرّة يشمل جميع الأفعال أو الحالة الجنائيّة السّابقة على رفع الدّعوى وحتّى صدور حكم باتّ فيها دون ما يلي ذلك"[4].

---

(1) انظر: عبد القادر عودة، **التّشريع الجنائيّ الإسلاميّ**، ج1ص97.

(2) انظر: سليمان عبد المنعم، **النّظريّة العامّة لقانون العقوبات**، دار الجامعة الجديدة للنّشر، الإسكندرية، مصر، 2000م، ص191 و296؛ فتوح عبد الله الشّاذلي، علي عبد القادر القهوجيّ، **شرح قانون العقوبات(القسم العامّ)**، دار المطبوعات الجامعيّة، الإسكندريّة، مصر، 1997م، ص91و297؛ فتحي سرور، **الوسيط في قانون الإجراءات الجنائيّة**، ص188-189.

(3) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص394؛ أحمد شوقي الشلقاني، **مبادئ الإجراءات**...ج1ص92، يقول سليمان عبد المنعم:"...إذا طالت حالة الاستمرار وتجدّدت وقائعها بعد صدور الحكم الباتّ، فإنّ الأمر يتعلّق بجريمة جديدة مستقلّة عن الجريمة الأولى الّتي صدر فيها الحكم، ولا يجوز بالتّالي التّمسّك بعدم قبول الدّعوى بحجّة سبق الفصل فيها...لو أجيز لنفس المتّهم الدّفع عند رفع الدّعوى عليه مجدّدا بسبق الفصل فيها لكان معنى ذلك الاعتراف له بحقّ مكتسب في مخالفة القانون والاستمرار في مشروعه الإجراميّ" (نفسه).

(4) نقض جنائيّ، طعن رقم 1130، سنة 45ق، قرار بتاريخ 1975/11/2، س26-145-667 (نقلا عن: عبد الحميد الشواربيّ، **حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة**، ص140)

ثانيا: جرائم العادة (les délits succéssif)

1. جرائم العادة في الشّريعة الإسلاميّة. تعرّف جرائم العادة بأنّها "الّتي تتكوّن من تكرّر وقوع الفعل، أي أنّ الفعل بذاته لا يعتبر جريمة، ولكنّ الاعتياد على ارتكابه هو الجريمة"[1].

ويحدّد الفقه الإسلاميّ مجال جرائم العادة بالمعاصي المستوجبة للتّعزير، وفي عبارات الفقهاء ما يدلّ على اعتبار ذلك في تكرار فعل المكروهات وترك المسنونات، من ذلك قول ابن فرحون: "وأمّا ترك السنون فمثاله ترك الوتر، قال أصبغ بتأديب تارك الوتر...وأمّا فعل المكروه فمثاله حلق الشّارب، وفي كلام ابن رشد أنّه يؤدّب"[2]، وجاء في مواهب الجليل "..أنّ من واظب على ترك المسنون، أو على فعل المكروه فهو الّذي يؤدّب ويجرح، ومن كان منه ذلك مرّة لم يؤدّب"[3]، ففي هذه العبارة تصريح بأنّ التأديب إنّما تعلّق بتكرار الفعل أو عدمه لا بمجرّد فعله مرّة واحدة.

وقال الماوردي: "فأمّا ترك صلاة الجماعة من آحاد النّاس، أو ترك الأذان والإقامة لصلاته فلا اعتراض للمحتسب عليه إذا لم يجعله عادة وإلفا، لأنّها من الندب الّذي يسقط بالأعذار، إلاّ أن يقترن به استرابة أو يجعله إلفا وعادة، ويخاف تعدّي ذلك إلى غيره في الاقتداء به، فيُراعى حكم المصلحة به في زجره عمّا استهان به من سنن عبادته"[4].

ولّما كان المعاقب عليه من جرائم العادة هو الإلف والاعتياد كما سبق التنبيه إليه في عبارات الفقهاء المنقولة فإنّه إذا أوقع القاضي عقوبة على من رفع إليه، فإنّ حكمه يعتبر شاملا لكلّ الأفعال المكوّنة لحالة الاعتياد، وبالتّالي فمهما تكرّر منه الفعل قبل الحكم فهو داخل في الواقعة المعاقب عليها الصّادر بشأنها حكم، وعليه فلا يصحّ أن يُرفع بها إذا سبق صدور الحكم عليه بالعقوبة والتّأديب، وإذا عاد بعد الحكم فلا يعتبر منه اعتيادا حتّى يتكرّر منه، فإذا تكرّر كنّا بصدد فعل اعتياديّ جديد لم يصحّ دفعه بسبق الفصل.

ولا يرى عبد القادر عودة أنّ مردّ ذلك لقوّة الأمر المقضيّ كما في القانون الوضعيّ، بل هو تطبيق لقاعدة التّداخل الّتي لا تسمح بتعدّد العقوبة على الجرائم من نوع واحد والّتي سبقت إصدار الحكم[5].

---

(1) عبد القادر عودة، **التّشريع الجنائيّ الإسلاميّ**، ج1ص90؛ حسن علي الشّاذلي، **الجريمة**، ص206.

(2) **التّبصرة**، ج2ص218.

(3) الحطّاب، ج6ص319.

(4) **الأحكام السلطانيّة**...ص412.

(5) نفسه، ص92.

ويبدو لي أنّ امتناع إصدار حكم حول جرائم العادة السّابقة للحكم وإن كانت تطبيقا لقاعدة التّداخل بين العقوبات، فإنّ هذا لا يمنع من اعتبار ذلك صورة للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ على اعتبار شمول الحكم لكلّ الوقائع المشكّلة لصفة الاعتياد ما عُلم منها عند الحكم وما لم يعلم.

2. جرائم العادة في القانون الوضعيّ (le délits d'habitude). جريمة العادّة هي الجريمة الّتي اشترط المشرّع لتحقيق ركنها الماديّ تكرار السّلوك أو النّشاط الإجراميّ، بحيث لا تقوم على مجرّد فعل واحد يأتيه الجاني، بل إنّ الجريمة في تكرار الفعل واعتياد إتيانه، حيث أنّ كلّ فعل على حدة لا يقوم به الرّكن المادّي ولا يكون جريمة[1]، على اعتبار أنّ المشرّع يقدّر أنّ حالة الاعتياد هي مصدر الخطورة الحقيقيّة الّتي من أجلها يعاقب على الفعل، ومثالها جريمة الاعتياد على الإقراض بربا والاعتياد على الحضّ على الفجور.

ولّما كانت جريمة الاعتياد تتكوّن من عدّة وقائع متكرّرة، وكان تعدّد المرّات قرينة على توافر حالة الاعتياد المجرّم قانونا، فإنّ الحكم الصّادر بشأن جريمة الاعتياد يشمل كلّ الأفعال المشكّلة لحالة الاعتياد، ولذلك فإذا رفعت دعوى بأفعال متكرّرة أخرى يمكن أن تشكّل حالة اعتياد لنفس الجريمة إلاّ أنّها سابقة على صدور الحكم، فإنّها تدفع بحجيّة الحكم القضائيّ حتّى ولو لم تكتشف إلاّ بعد صدور الحكم لوحدة الواقعة، أمّا إن توفّرت حالة الاعتياد لنفس الجرم بعد صدور الحكم القضائيّ فإنّه لا يصحّ دفع الدّعوى بحجيّة الحكم القضائيّ لأنّ هذه الأفعال لا تعدّ جزءا من الوقائع المحكوم فيها[2].

وقد قضت محكمة النّقض المصريّة بأنّه إذا صدر عن المتّهم فعل واحد بعد الحكم الباتّ فإنّه لا يشكّل جريمة ولا تجوز محاكمته عنه، ولا يجوز القول بأنّ عادة الإقراض بالرّبا الفاحش قد تأصّلت فيه لماضيه الإجراميّ في هذا الشّأن، ذلك أنّ الحكم السّابق قد عاقبه على الوقائع السّابقة عليه، باعتبارها عنصرا من عناصر الاعتياد الّذي أدانه به، وبالتّالي لا يصحّ أن تتّخذ عنصرا لاعتياد جديد، وإلاّ معنى ذلك أن يُحاكم الشّخص عن نفس الوقائع أكثر من مرّة[3].

---

(1) انظر: فتوح عبد الله الشّاذلي، علي عبد القادر القهوجي، **شرح قانون العقوبات(القسم العامّ)**، ص92و296؛ سليمان عبد المنعم، **النّظريّة العامّة لقانون العقوبات**، ص193.

(2) انظر: سليمان عبد المنعم، نفسه، ص308؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص397.

(3) نقض جنائيّ بتاريخ 1953/10/9، المكتب الفنّي، السنة5، رقم11، ص33 (نقلا عن: عبد الحكم فوده، نفسه)

ثالثا: الجريمة المتتابعة الأفعال (les délits successif)

1. الجريمة المتتابعة الأفعال في الشّريعة الإسلاميّة. هي الّتي تتكوّن من أفعال متتابعة تنفيذا لغرض إجراميّ واحد، وتكوّن مشروعا إجراميّا واحدا، فإنّ خطّة المجرم تجمع بين الأفعال الصّادرة منه، ويشترط لذلك شرطان[1]:

أ- أن تكون الأفعال المتتابعة تنفيذا لغرض إجراميّ واحد.

ب- أن تكون الأفعال قد ارتكبت اعتداء على حقّ واحد، كالاعتداء على حقّ الملكيّة بسرقة محتويات منزل على دفعات، ولا يمنع من اعتبار الأفعال مشكّلة لجريمة واحدة تعدّد المجني عليهم، كمن يسرق عمارة مكوّنة من عدّة شقق مملوكة لعدّة أشخاص.

وهكذا فإنّ الحكم الصّادر بشأن الجريمة يشمل كلّ الأفعال المشكّلة لها على اعتبار أنّها جريمة واحدة، وبالتّالي متى صدر الحكم بشأن هذه الجريمة بإدانة المتّهم، ثمّ رُفعت دعوى جديدة بأفعال ترتبط معها وكان حدوثها قبل صدور الحكم فإنّها تدفع بحجيّة الحكم القضائيّ، ورأى بعض الباحثين أنّها لا تعدو أن تكون تطبيقا لقاعدة التّداخل[2] وليست مظهرا للحجيّة.

2. الجريمة المتتابعة الأفعال في القانون الوضعيّ. هي الجريمة الّتي تتكوّن من أفعال متشابهة تتّفق في الحقّ المعتدى عليه والقصد الجنائيّ، بحيث تتماثل هذه الأفعال، ويمثّل كلّ فعل منها جريمة، تتلاحق هذه الأفعال في أزمنة مختلفة بإرادة واحدة لتشكّل جريمة واحدة تطبّق عليها عقوبة واحدة[3]، ومثالها سرقة محلّ على دفعات أو تزوير عملة ورقيّة على دفعات.

إنّ الحكم الصّادر بشأن الجريمة المتتابعة يشمل كلّ الأفعال المشكّلة لها على اعتبار أنّها جريمة واحدة، وبالتّالي فإذا رُفعت دعوى بأفعال أخرى يمكن أن تكون حلقات من سلسلة الأفعال المكوّنة للجريمة المتتابعة، وكان حدوثها قبل صدور الحكم الباتّ فإنّها تدفع بحجيّة الحكم القضائيّ حتّى ولو لم تُكتشف إلاّ بعد صدور الحكم، أمّا لو كان حدوثها بعد صدور الحكم الباتّ فإنّه لا يصحّ دفع الدّعوى بحجيّة الحكم القضائيّ لأنّها لا تعدّ جزءا مفترضا من الوقائع المحكوم فيها[4].

---

(1) حسن علي الشاذلي، **الجريمة**، ص513.

(2) انظر: حسن علي الشاذلي، نفسه، ص514.

(3) انظر: سليمان عبد المنعم، **النّظريّة العامّة**...ص310.

(4) انظر: سليمان عبد المنعم، نفسه، ص312؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...401؛ أحمد شوقي الشلقاني، **مبادئ الإجراءات الجزائيّة**...ج1 ص93.

المطلب الثّاني: وحدة المتّهم في الدّعوى الجزائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

لا تكفي وحدة الوقائع وحدها للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ، بل يجب أن يكون الشّخص المتابع (المتّهم) هو ذاته في الدّعويين، وهو ما يتطلّب بيان مفهوم وحدة المتّهم في الدّعوى الجزائيّة، والتّعرّض لجهة الادّعاء على اعتبار أنّها الطّرف الآخر فيها، وكذا بيان أثر توفّر هذه الوحدة على الدّفع بالحجيّة، ولهذا سأعرض لهذا المطلب في فروع ثلاثة على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: مفهوم وحدة المتّهم في الدّعوى الجزائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: مفهوم وحدة المتّهم في الدّعوى الجزائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الثّالث: اشتراط وحدة المتّهم للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في المادّة الجنائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: مفهوم وحدة المتّهم في الدّعوى الجزائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

أوّلا: مفهوم وحدة المتّهم في الدّعوى الجزائيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

المتّهم اسم مفعول من اتّهم تُهمة، وهي الظنّ والشكّ والرّيبة[1]، أمّا المتّهم شرعا فإنّ ما يفهم من عبارات الفقهاء أنّه من أضيف إليه جرم قصد مقاضاته، وهذا التّعريف هو ما يُستنتج من عبارات الفقهاء- إذ لم أعثر على تعريف خاصّ به- ومن تلك الدّالة على هذا المعنى تقسيم ابن تيمية الدّعاوى إلى قسمين: دعوى تهمة ودعوى غير تهمة.

وقد عرّف دعوى التّهمة بقوله: "أن يدّعي فعلا يحرم على المطلوب، يوجب عقوبته، مثل قتل أو قطع يد أو سرقة أو غير ذلك من أنواع العدوان المحرّم"[2]، فإنّ المتّهم هو الشّخص الّذي يُنسب إليه فعل الجرم، وتكون هذه النّسبة قصد عرضه على القضاء لإيقاع العقوبة عليه حال إدانته.

وقد اختار بعض الباحثين المعاصرين تعريف التّهمة بأنّها "إضافة جريمة إلى الغير لطلب حقّ في مجلس القضاء، بما قد يتحقّقه المطالب لنفسه، وبما يتعذّر إقامة الشّهادة غالبا"[3].

---

(1) انظر: الفيومي، **المصباح المنير**، ج1ص78.

(2) عبد الرّحمان بن قاسم وابنه محمّد، **مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية**، مطابع دار العربيّة للطّباعة والنّشر والتّوزيع، بيروت، لبنان، ج35ص389-390.

(3) بندر بن فهد بن عبد الله السويلم، **المتّهم معاملته وحقوقه في الفقه الإسلاميّ**، دار الفكر العربيّ، القاهرة، مصر، ط1، 1425هـ-2005م، ص22.

فإضافة الجريمة إلى الغير أي نسبتها له، فلا يعتبر اتّهاما بالمعنى القضائيّ إلاّ ما كان فيه نسبة فعل الجـــرم دون غيره، ولا يعدّ اتّهاما إقرار الإنسان على نفسه بفعل الجرم، ويكون هدف هذا الاتّهام هو طلب حقّ في مجلس القضاء، وهو إيقاع العقوبة عليه، فلا تكون نسبة الجرم إلى الغير بقصد آخر كالقذف والحكاية تهمة، إذ لا يقصد المتّهم منها عرضه على القضاء لإيقاع العقوبة عليه، وأمّا تحقّق المطالب من نسبة الجريمة للمـــتّهم وتعذّر إقامة الشّهادة غالبا فإنّ المقصود بها أنّ المطالب قد يكون متحقّقا من نسبة الجريمة إلى المتّهم باعتبار أنّه شهد فعل الجرم، كالشّاهد حسبة على جريمة قتل، فإنّه ينسب للمتّهم ما هو متحقّق منه، ويعجز عادة عـــن إقامة الشّهادة.

ويبدو لي أنّه كان من الأولى الاكتفاء بتعريف التّهمة بقوله: "إضافة جريمة إلى الغير لطلب حقّ في مجلس القضاء"، لأنّ تحقّق المطالب كما في حالة الشّهادة تردّه حالة الظنّ والشكّ إذا كان من يضيف الجريمة للمتّهم هو المجني عليه نفسه، يدفعه إلى ذلك ظنّه وشكّه بالمتّهم، فيكون هذا التّعريف بترع العبارة الأخيرة منـــه دالاّ على أنّ المتّهم هو من أضيف إليه الجرم لطلب حقّ في مجلس القضاء"، وهو ما قدّمت بذكره.

ويجدر بي أن أنبّه على أنّ المتّهم هنا يكون مشكوكا ومظنونا في نسبة الجريمة إليه أمام القضاء مـــا دام متّهما لم تتمّ إدانته، رغم أنّه يعدّ مدانا عند من كان يعلم علم اليقين أنّه ارتكب الجريمة لكونه شهد ذلـــك، فوصف المتّهم باعتبار نظر القضاء إليه قبل الحكم لا باعتبار نظر من ينسب إليه ذلك.

وممّا تقدّم فإنّ المقصود بوحدة المتّهم هو أن يكون الشّخص الّذي يُضاف إليه الجرم لطلب مقاضاته في الدّعوى الجديدة هو نفسه الّذي تمّت متابعته في الدّعوى الأولى وحُكم بإدانته أو تبرئته، وتتحقّق وحدة المتّهم بوحدة شخصه وذاته.

ثانيا: مفهوم وحدة المتّهم في المادة الجزائيّة في القانون الوضعيّ.

يقصد بالمتّهم في الدّعوى الجنائيّة الشّخص الّذي تُحرّك وتُباشر الدّعوى العموميّة ضدّه بسبب ارتكابه فعلا معتبرا جريمة قصد تقرير إدانته أو براءته لأجل تلك الواقعة[1]، أو هو "الشّخص الّذي تطلب النّيابة العامّة من القضاء توقيع العقوبة عليه سواء باعتباره فاعلا في الجريمة أو شريكا فيها"[2]، وهو يمثّل طرف المدّعى عليه في الدّعوى الجنائيّة[3].

(1) انظر: أحمد فتحي سرور، **الوسيط في الإجراءات الجزائيّة**...ص137-138.

(2) عبد الحميد الشّواربي، **حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة**، ص289.

(3) انظر: إدوار غالي الذّهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص66.

ويبدو واضحا من التّعريف الأوّل أنّ صفة المتّهم تعلق بالشّخص بمجرّد تحريك الدّعوى العموميّة ضدّه، أمّا طلب النّيابة توقيع العقاب عليه بحيث يعدّ مدّعى عليه فهذه نتيجة طبيعيّة لتحريك الدّعوى ضدّه.

ومن الضّروريّ الإشارة هنا إلى أنّ مجرّد ارتكاب الشّخص للفعل المجرّم لا يجعله متّصفا بصفة المتّهم، بل إنّه حتّى بعد إيداع الشّكوى ضدّه وفحص تلك الشّكوى وإجراء بعض التّحريّات والاستدلالات بشأنها فإنّه يظلّ مشتبها فيه طالما لم تحرّك ضدّه الدّعوى العموميّة وذلك ببدء السّير فيها أمام جهات التّحقيق أو المحاكمة[1].

وفائدة هذه التّفرقة في مفهوم الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ هو أنّ الشّخص المشتبه فيه حتّى وإن كان الاشتباه يتعلّق بوقائع سبقت محاكمته لا يتأتّى له الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ الصّادر فيها، حتّى إذا حرّكت ضدّه الدّعوى العموميّة تأتّى له ذلك، وكان دفعه خليقا بالاعتبار.

ولا تتحقّق وحدة المتّهم في الدّعوى الجنائيّة إلاّ بتوفّر وحدة الذّات، بمعنى أن يكون نفس الشّخص الّذي صدر بشأنه حكم بالبراءة أو الإدانة في حكم سابق هو من تحرّك وتباشر ضدّه الدّعوى الجنائيّة الجديدة، ولهذا فإنّ الحكم بإدانة شخص أو تبرئته لا يمنع من تحريك الدّعوى ضدّ غيره والحكم عليه لذات الواقعة، وحتّى في حالة تقديم عدد من الأشخاص كشركاء في جريمة فإنّ إدانة أحدهم أو بعضهم لا تقتضي شيئا بالنّسبة للباقين.

وخلافا للدّعوى المدنيّة الّتي تتحقّق فيها وحدة الخصوم بوحدة صفاتهم نظرا لأنّ القانون المدنيّ يقرّ بالنّيابة سواء أكانت اتفاقيّة أم قانونيّة أم قضائيّة، فإنّ القانون الجنائيّ لا يعترف بالنّيابة في الاتّهام، فلا يصحّ أن يصدر حكم على شخص نيابة عن آخر، ولهذا فإنّه لا يصحّ تحريك الدّعوى الجنائيّة على شخص بصفته شريكا إذا كان قد سبق الحكم بشأنه بصفته فاعلا أصليّا، لأنّه هو ذات الشّخص المقدّم للمحاكمة[2].

وهو ما يقتضيه نصّ المادّة 2/311 من قانون الإجراءات الجزائيّة الجزائريّ حيث يمنع إعادة محاكمة ذات الشّخص بسبب نفس الوقائع، ومن الطّبيعيّ أنّ اختلاف صفة الشّخص لا يعني اختلاف الشّخص.

ويُخلط البعض حين يعتبر أنّ العبرة في وحدة الخصوم في الدّعوى الجنائيّة هي بوحدة الصّفة لا بوحدة الشّخص[3]، فهو من جهة يتجاهل أنّ صفة الفاعل الأصليّ تختلف عن صفة الشّريك، فيدمجهما معا ويقرّ بأنّ

---

(1) انظر: الشلقاني، **مباءدئ الإجراءات الجزائيّة**...ج1ص71.

(2) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص357.

(3) يقول الشّلقاني: "من حكم عليه في جريمة كفاعل أو شريك يستطيع أن يتمسّك بقوّة الأمر المقضيّ إذا أعيد تقديمه للمحاكمة بإحدى الصّفتين عن ذات الواقعة، لكن لا يستطيع ذلك إذا اختصم في الدّعوى الجديدة بصفته مسؤولا بالحقّ المدنيّ، والعكس بالعكس إذ العبرة بصفة الخصم وليس شخصه" (نفسه، ص94)

متابعة أحدهما بإحدى هاتين الصّفتين يمنع من متابعته بالأخرى، والحقيقة أنّ هذا ما يدلّ على أنّ الصّفة لا اعتبار لها.

ومن جهة أخرى يجعل إمكانيّة اختصام الشّخص بصفته مسؤولا بالحقّ المدنيّ رغم اختصامه في ذات الدّعوى من قبل بصفته فاعلا أو شريكا دليلا على أنّ العبرة هي باختلاف الصّفة، بينما الحقيقة هي أنّ اختصامه بصفته مسؤولا بالحقّ المدنيّ إنّما تكون في الدّعوى المدنيّة التبعيّة لا الدّعوى الجنائيّة.

الفرع الثّاني: جهة الادّعاء في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

أوّلا: جهة الادّعاء في الشّريعة الإسلاميّة. المقصود بجهة الادّعاء هنا من يباشر التّهمة، وهي بهذا المعنى تنطبق على كلّ من ينسب جرما إلى شخص قصد مقاضاته عليها، ولهذا فإنّ مباشرة الادّعاء نوعان[1]:

1. **الاتّهام الفردي**: وهي التّهمة الّتي يوجّهها المجني عليه، أو من يقوم مقامه كالوكيل، أو من تضرّر جراء فعل الجريمة كوليّ المقتول.
2. **الاتّهام العامّ**: وهي التّهمة الّتي يوجهها غير المجني عليه، وهو من يؤدّي الشّهادة حسبة لله، وهذا داخل في عموم الأمر بالمعروف والنّهي عن المنكر، كمن شهد شخصا يقتل آخرا فيتقدّم بشهادته من تلقاء نفسه للقضاء متّهما القاتل بجناية القتل.

ومع ذلك فإنّ المجني عليه أو الشّاهد حسبة لله لا يمكن أن يكون خصما للمتّهم في الدّعوى، وذلك أنّ مخاصمة المتّهم في حقوق الله تعالى تعود في حقيقتها للحاكم أو من ينوبه، ولأنّ تحريك الدّعوى من المجني عليه أو من الشّاهد حسبة لله لا يعني مباشرتها أمام القضاء.

ولهذا لم يشترط الفقهاء فيما تعلّق بحقوق الله سبق الدّعوى لأنّ كلّ شخص يستطيع تحريكها حسبة لله ولتعلّق ذلك بالنّفع العامّ العائد للمجتمع[2]، ولأنّ سائر الجرائم الّتي يعاقب عليها الشّرع بالحدود والتّعازير تعدّ من حقوق الله الخالصة أو من الحقوق الّتي غلب فيها حقّ الله على حقّ العبد، وهذه الحقوق لا مدخل للصّلح فيها ولا للإسقاط أو العفو، ولا تصلح فيها الشّفاعة، وتلزم دون دعوى، ويستثنى من ذلك حدّ القصاص فإنّه يغلب فيه حقّ العبد على حقّ الله بإمكانيّة العفو من وليّ دم المقتول عن القاتل[3].

---

(1) انظر: بندر بن فهد، **المتّهم**...ص28.

(2) انظر: علي حيدر، **درر الحكّام**...ج4ص667؛ أحمد محمّد علي داود، **أصول المحاكمات الشرعيّة**، ج1ص734.

(3) انظر: ابن قيّم الجوزيّة، **أعلام الموقّعين**...ج1ص108؛ السّرخسي، **أصول السّرخسي**، ج2ص289؛ العزّ بن عبد السّلام، **قواعد الأحكام**...ج1ص153.

والنّتيجة أنّ المدّعي الحقيقي هو المجتمع لأنّ هذه الجرائم تمسّ بمصلحته العامّة، وقد كان من شدّة أهميّة الحقوق الّتي تمسّها هذه الجرائم أن نُسبت إلى الله تعالى، فيكون المتّهم هو مدار الدّعوى الجنائيّة، وهو الطّرف المدّعى عليه في مواجهة المدّعي وهو المجتمع ممثلا في الجهة الّتي توكل إليها الدّولة مخاصمته لدى القاضي، وهو ما يعرف بالنّيابة العامّة في التّشريع والأنظمة القضائيّة الحديثة.

ثانيا: جهة الادّعاء في القانون الوضعيّ. سبق أن أشرت أنّه قد استُعيض عن شرط وحدة الخصوم في هذا المطلب بوحدة المتّهم, رغم أنّ نظريّة الدّفع بسبق الفصل تقوم على شرط وحدة الخصوم على أساس أنّ الخصوم هم أطراف الدّعوى متمثّلين في مدّعي ومدّعى عليه, أي متوجّه بطلبات ومتوجهة إليه.

وخلافا للدّعوى المدنيّة الّتي تسمح بتعدّد أطراف الدّعوى، وتبادل الخصوم دور المدّعي والمدّعى عليه بحسب الطّلبات، فإنّ أطراف الدّعوى الجنائيّة هما النّيابة العامّة والمتّهم، فهي الّتي تباشر الادّعاء المتمثّل في طلب إيقاع العقوبة على المتّهم، وهي بذلك طرف أصيل في جميع الدّعاوى الجنائيّة باعتباره مدّع ثابت، وحتّى إذا كان القانون يجيز للمضرور أو المجنيّ عليه الحقّ في تحريك الدّعوى العموميّة سواء بطريق الادّعاء المدنيّ أو بطريق التّكليف المباشر بالحضور فإنّ حقّ مباشرة الدّعوى العموميّة يبقى خالصا للنّيابة العموميّة[1]، بينما المتّهم وهو المدّعى عليه الّذي تطلب النّيابة إيقاع العقوبة عليه، فهو الطّرف المتغيّر فيها[2].

والحقيقة أنّ المدّعي الحقيقيّ هو المجتمع، وما دور النّيابة العامّة إلاّ تمثيل المجتمع في مباشرة هذه الدّعوى[3]، وترتّب عن ذلك أنّه لا فائدة من الحديث عن وحدة الخصوم ما دام طرف المدّعي ثابتا، وأضحى الحديث عن وحدة المتّهم أو اختلافه هو محور هذا الشّرط في مفهوم الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ.

ويتجلّى ثبات المدّعي في الدّعوى الجنائيّة في مبدأ وحدة الادّعاء والّذي يبدو في مظهرين أساسيين[4].

---

(1) إدوار غالي الذّهبيّ، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص66.

(2) يرفض جانب من الفقه إطلاق عبارة "خصم أصيل" على النّيابة العامّة فيما يتعلّق بالدّعوى الجنائيّة، لأنّ النّيابة لا تهدف إلى مصلحة شخصيّة، وإنّما تهدف إلى تحقيق الدّفاع الاجتماعيّ لحماية القانون والشرعيّة، ولهذا كان من واجب النّيابة العامّة أن تعرض على القضاء جميع الأدلّة ولو كانت في مصلحة المتّهم، ولهذا فإنّها قد تطالب بمجرّد تطبيق القانون ولو أدّى ذلك إلى براءة المتّهم، إذ أنّ مهمتها ليس البحث عن تحقيق الإدانة، وإنّما الوصول إلى الحقيقة وحسن إدارة العدالة، وهي بذلك مجرّد خصم شكليّ (انظر: إدوار غالي الذّهبي، **دراسات في قانون الإجراءات الجزائيّة**، مكتبة غريب، القاهرة، مصر، ص9-16).

(3) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص354؛ عبد الحميد الشّواربيّ، **حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة**...ص88-89؛ الشلقاني، **مبادئ الإجراءات الجزائيّة**...ج1ص27.

(4) انظر: عبد الحكم فوده، نفسه، ص355.

المظهر الأوّل: يستوي الأمر بين حال كون تحريك الدّعوى العموميّة تمّ من طرف المضرور بطريق الادّعاء المباشر أو من طرف النّيابة العامّة؛ فلا يجوز للنّيابة العامّة إعادة تحريك الدّعوى العموميّة إذا سبق الفصل فيها عن طريق التّكليف المباشر بالحضور المقدّم من الطّرف المدنيّ، ولا يجوز له كذلك إعادة تحريكها إذا كانت النّيابة العامّة هي الّتي قامت بتحريكها في الدّعوى الأولى، ولو حدث فإنّ للمتّهم دفعها بسبق الفصل في الحالتين على اعتبار أنّ جهة الادّعاء هي النّيابة العامّة باعتبارها ممثّلة الحقّ العامّ في الدّعوى العموميّة.

المظهر الثّاني: يستوي أعضاء النّيابة العامّة في تحريك الدّعوى العموميّة ومباشرتها، لأنّ النّيابة العامّة لا تتجزأ، ولهذا فلا يجوز إعادة تحريك الدّعوى العموميّة من أحد أعضاء النّيابة إذا سبق الفصل فيها عن طريق تحريكها من عضو آخر، ولو حدث فإنّ للمتّهم دفعها بسبق الفصل فيها، وكذلك الحال بالنّسبة لإقامة الدّعوى الجنائيّة في محكمة الجنايات[1]أو المحاكم في جرائم الجلسات[2]، لأنّ التّصدّي يكون باسم المدّعي الحقيقيّ في الدّعوى الجنائيّة وهو المجتمع، وللنّيابة العامّة دورها في التّحقيق والتّصرّف في هذه الوقائع.

الفرع الثّالث: اشتراط وحدة المتّهم للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى الجنائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

أوّلا: اشتراط وحدة المتّهم للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في المادّة الجنائيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

يستند اشتراط وحدة المتّهم للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في المادّة الجنائيّة في الشّريعة الإسلاميّة إلى ذات الأصول الّتي يستند إليها اشتراطه في الدّعوى المدنيّة، فقد نصّ الفقهاء على أنّ الحكم يقتصر على المقضيّ عليه ولا يتعدّاه إلى غيره[3]، وذلك أنّ مثول ذات المتّهم في دعوى جديدة بذات الجرم الّذي توبع به وحكم بإدانته أو تبرئته يتناقض مع النّهي الوارد في حديث النبيّ ﷺ: **"لا يقضينّ أحد في قضاء بقضائين"**[4].

فإنّ القاضي ملزم متى عُرض عليه نفس المتّهم للمحاكمة، وكان قد سبقت محاكمته أن يمتنع عن نظر الدّعوى وإصدار حكم بشأنها حتّى لا يقضي في قضاء بقضائين، وكان من حقّ المتّهم دفع الدّعوى بسبق الفصل فيها تطبيقا لنصّ الحديث، أمّا إذا اختلف شخص المتّهم فإنّه من الواضح أنّ محاكمته عن ذات الجرم أو جرم آخر لا يتصادم مع الحديث.

---

(1) المادّة 312 قانون الإجراءات الجزائيّة الجزائريّ.

(2) المادّة 569 و570 قانون الإجراءات الجزائيّة الجزائريّ.

(3) انظر: ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**...ص219؛ ابن قيّم الجوزيّة، **أعلام الموقّعين**...ص38.

(4) سبق تخريجه ص 55 من هذا البحث.

ثانيا: اشتراط وحدة المتّهم للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في المادّة الجنائيّة في القانون الوضعيّ.

يشترط للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في المادّة الجنائيّة أن يكون الشّخص المتابع في الدّعوى الجديدة هو ذاته المتابع في الدّعوى المحكوم فيها سواء بالإدانة أم البراءة، ففي حالة الحكم بإدانة شخص عن واقعة جنائيّة، فإنّ ذلك يكون مانعا من محاكمته مجدّدا عن ذات الواقعة، ولهذا فيستطيع أن يدفع الدّعوى الجديدة بحجيّة الحكم القضائيّ لوحدة المتّهم.

إلاّ أنّ الحكم بإدانة شخص عن واقعة جنائيّة لا يمنع من متابعة غيره عن ذات الواقعة في دعوى أخرى بصفته شريكا مثلا، ولا يستطيع هذا الغير دفع الدّعوى الجديدة بحجيّة الحكم القضائيّ الصّادر بشأن الشّخص المدان، وهذا لانتفاء شرط وحدة المتّهم، ولأنّ الحكم بإدانة المتّهم لا يعني براءة غيره منها[1].

وفي حالة الحكم ببراءة المتّهم، فإنّ ذلك يكون مانعا من محاكمته مجدّدا عن ذات الواقعة، سواء أكانت البراءة مؤسّسة على أسباب شخصيّة أم موضوعيّة، أمّا بالنّسبة لغيره فإنّه إذا كان الحكم بالبراءة مؤسّسا على أسباب شخصيّة تتعلّق بالمتّهم المتابع في الدّعوى كانعدام القصد الجنائيّ, فإنّ ذلك لا يمنع من متابعة غيره عن ذات الواقعة في دعوى أخرى بصفته فاعلا.

أمّا إذا كان الحكم بالبراءة مؤسّسا على أسباب موضوعيّة تتّصل بماديّات الجريمة وتكييفها القانونيّ كعدم صحّة الواقعة أو عدم العقاب عليها، بحيث أنّ الأسباب الّتي بنيت عليها البراءة تؤدّي بذاتها إلى براءة باقي المتّهمين في دعوى جديدة بذات الواقعة، فإنّ للمتّهمين في الدّعوى الثّانية التّمسّك بحجيّة الحكم القضائيّ الأوّل في المطالبة بالحكم ببراءتهم على أساس أنّ الحكم الأوّل قد قضى بعدم صحّة الواقعة أو عدم العقاب عليها، ومع هذا فلا تمتنع متابعتهم، بل والحكم عليهم بإدانتهم[2].

ومع هذا فإنّ ما يرفعه المتّهمون في وجه المتابعة بحقّهم في الدّعوى الثّانية ليس دفعا بسبق الفصل وإنّما هو تمسّك بحجيّة الحكم القضائيّ، وعليه فلا يترتّب عن ذلك عدم قبول الدّعوى بسبق الفصل فيها، وإنّما يعتبر التّمسّك وسيلة إثبات يطرحها المتّهم لتدعيم دفاعه في موضوع الدّعوى، ويكون من الواجب على

(1) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص373؛ عبد الحميد الشّواربي، **حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة**...ص289.

(2) انظر: عبد الحكم فوده، نفسه، ص361، ويضرب لذلك عبد الحميد الشّواربي مثالا بقوله: "إذا أقيمت الدّعوى ضدّ متّهم من أجل جريمة لم يرتكبها غير شخص واحد فقضي بإدانته وصار هذا الحكم باتّا، فليس ما يحول دون أن تقام دعوى ثانية من أجل نفس الجريمة ضدّ شخص ثان، وللقاضي أن يحكم في هذه الدّعوى بإدانة المتّهم فيها مقرّرا أنّه ارتكب الجريمة وحده" ثم يقترح الحلّ المتمثّل في رفع هذا التّناقض برفعه عن طريق إعادة النّظر طبقا لنصّ المادّة 441 إجراءات جنائيّة مصريّة الّتي تنصّ على حالات إعادة النّظر ومنها "إذا صدر حكم على شخص من أجل واقعة ثمّ صدر حكم على شخص آخر من أجل الواقعة عينها، وكان بين الحكمين تناقض بحيث يستنتج براءة أحد المحكوم عليهما" (نفسه، ص290).

القاضي أن يحترم حجيّة الحكم الأوّل إذا تضمّن الحكم بعدم ثبوت الواقعة أو عدم العقاب عليها وذلك بالقضاء بالبراءة للمتّهمين المنسوب إليهم الاتّهام في نفس الواقعة.

وهكذا يتبيّن أنّ الدّفع بسبق الفصل إنّما يتحقّق في حال اتّحاد المتّهم بين الدّعويين حول نفس الواقعة، وأنّ اختلافه يمنع من هذا الدّفع ولو جاز التّمسّك بحجيّة الحكم من الغير حول نفس الواقعة، إذ أنّ الأحكام الجنائيّة حجّة على الكافّة[1].

(1) انظر: إدوار غالي الذّهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص67-68.

خلاصة مقارنة

ختاما للمبحث الموسوم بـ "شروط الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى الجزائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ" فإنّه يتبيّن الاتّفاق حول مفهوم وحدة الموضوع وأثر ذلك على إمكانيّة الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ، كما يتّضح مدى التّوافق بين النّظامين في تحديد مفهوم المتّهم ووحدته، وأثر ذلك على إمكانية إبداء الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ، ويمكن تلخيص ذلك في النّقاط التّالية:

1. يتّفق القانون الوضعيّ في اتجاهه الرّاجح مع الشّريعة الإسلاميّة حول مفهوم موضوع الدّعوى الجزائيّة متمثّلا في الوقائع المنسوبة للمتّهم، وأنّ وحدة الموضوع بين دعويين تتحقّق بوحدة الوقائع المتابع من أجلها المتّهم.

ولئن كانت المسألة غاية في الوضوح في ظلّ فقه الشّريعة فإنّ الفقه القانونيّ اختلف في تحديد موضوع الدّعوى الجزائيّة، وهو ما يطالب به المدّعي من توقيع العقوبة أو هو ذات الوقائع المتابع عليها؟

وقد تبيّن من خلال العرض ترجّح الاتّجاه الذّي يرى أنّ موضوعها هو ذات الوقائع على اعتبار أنّها ما ينصبّ عليه بحث المحكمة ويرد عليها حكمها، خاصة وأنّ القاضي الجزائيّ غير مقيّد بطلبات النّيابة العامّة، وهو ما يؤكّده نصّ المادّة 2/311 من قانون الإجراءات الجزائيّة الجزائريّ، حيث بيّنت أن امتناع إعادة اتّهام نفس الشّخص إنما تكون حال وحدة الوقائع.

2. يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة حول اشتراط وحدة الواقعة للدّفع بحجيّة الحكم الجنائيّ، بحيث أنّه متى كانت الواقعة التي صدر بشأنها حكم في حقّ المتّهم في الدّعوى السّابقة هي ذاتها في الدّعوى الجديدة كان الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ لوحدة الموضوع خليقا بالاعتبار، بينما إذا اختلفت الوقائع فقد اختلفت مواضيع الدّعاوى، وعليه لم يصح الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ.

3. يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة في تنزيل شرط "وحدة الموضوع" في المادة الجزائيّة للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ على الأمثلة التّطبيقية المسوقة كنماذج، حيث يعتبر كلّ منهما أنّ الحكم الصّادر بشأن الواقعة الجنائيّة يشتمل كلّ أجزائها المكوّنة لها بحيث لا تجوز متابعة الشّخص عن واقعة تدخل في تكوين الجريمة المستمرّة المحكوم فيها ما دامت قد وقعت قبل صدور الحكم، وبالتّالي فإذا رفعت دعوى بأيّة واقعة تدخل في تكوين الرّكن الماديّ لها فإنّها تُدفع بحجيّة الحكم القضائيّ لوحدة الواقعة.

كما يعتبر كلّ منهما أنّ الحكم الصادر بشأن الواقعة المتكوّنة من تكرّر وقوع الفعل في جرائم العادة يشمل كلّ الأفعال المكوّنة لحالة الاعتياد ما دامت واقعة قبل صدور الحكم، وعليه فإذا رفعت دعوى جديدة

بأيّة واقعة مشكّلة لصفة الاعتياد فإنّها تُدفع بحجيّة الحكم القضائيّ حتّى ولو لم تُكشف إلاّ بعد صدور الحكم لوحدة الواقعة.

كما يُعدّ كلّ منهما أنّ الحكم الصّادر بشأن الجريمة المتتابعة الأفعال يشمل كلّ الأفعال المكوّنة لها، وبناء عليه فإنّه متى رُفعت دعوى جديدة بأفعال ترتبط معها، وكان حدوثها قبل صدور الحكم فإنها تُدفع بحجيّة الحكم القضائيّ ولو لم تكتشف إلاّ بعد صدور الحكم.

ورغم أنّ بعض الباحثين في الفقه الجنائيّ الإسلاميّ يردّون ذلك إلى مبدأ تداخل العقوبات فيما تعلّق بجرائم العادة والجرائم المتتابعة الأفعال، وليس لمبدأ حجيّة الحكم القضائيّ إلاّ أنّ ذلك لا يمنع من عدّها مظهرا للاثنين ما دام افتراض إعمال أحدهما لا يُلغي الآخر.

4. يتّفق القانون الوضعي مع الشّريعة الإسلاميّة في تحديد مفهوم المتّهم بأنّه الشخص الذّي ينسب إليه فعل الجُرم قصد مقاضاته لإيقاع العقوبة عليه حال إدانته، كما يتّفقان أنّ وحدة المتّهم تتحقّق بين دعويين بأن يكون الشّخص الّذي ينسب إليه الجرم لطلب مقاضاته في الدّعوى الجديدة هو نفسه الذّي تمت متابعته في الدّعوى الأولى وحُكم بإدانته وتبرئته، وأنّ العبرة هي بوحدة الذّات.

5. يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة على أنّ المدّعي الحقيقي هو المجتمع لأنّ الجرائم تمسّ بمصلحة العامّة، وهو ممثل بالجهة التي توكل إليها الدّولة مخاصمته لدى القضاء، وهو ما يعرف بنظام النّيابة العامّة.

6. يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة على ضرورة اشتراط وحدة المتّهم للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ في الدّعوى الجزائيّة، إذ أنّ سبق الحكم على الشّخص بخصوص واقعة بالإدانة أو بالبراءة يكون مانعا من محاكمته مجددا عن ذات الواقعة، ولهذا فيستطيع أن يدفع الدّعوى الجديدة بحجيّة الحكم القضائيّ لوحدة المتّهم..

أمّا حال اختلاف شخص المتّهم فإنّ سبق الحكم على شخص بخصوص واقعة بالإدانة أو البراءة لا يكون مانعا من محاكمة غيره بصفة شريك أو فاعل أصلي، إلاّ أنّه إذا كان الحكم بالبراءة مؤسّسا على أسباب موضوعيّة تتصل بماديات الجريمة وتكييفها القانونيّ كعدم صحة الواقعة أو عدم العقاب عليها، فإنّ للمتّهمين في الدّعوى الثّانية التّمسّك بحجيّة الحكم القضائيّ في الحكم ببراءتهم، دون أن يُعتبر ذلك صورة للدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ، بل هي صورة للتّمسّك به على اعتبار أنّ الأحكام الجنائيّة حجّة على الكافّة.

الباب الثّالث

مجال سريان حجّية الحكم القضائيّ وآثارها في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

إنّ التعرّض لمجال سريان حجيّة الحكم القضائيّ وآثارها في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ أمـــر تستدعيه الإحاطة بموضوع البحث، وذلك ببيان مواضع إعمال الحجيّة وأوجه تجلياتها، فإنّه كما أنّ للحجيّـــة مفهوما محدّدا وأساسا لقيامه وشروطا للتّمسّك والدّفع بها فإنّ لها كذلك مجالا محدّدا لسريانها من حيث طبيعة العمل وأجزاء الحكم القضائيّ ودلالته، كما أنّ لها تجليات وآثارا تمثّل ثمرات إعمال المبدأ.

الفصل الأوّل: مجال سريان حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفصل الثّاني: آثار حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفصل الأوّل

مجال سريان حجّية الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلامّية والقانون الوضعيّ.

تقوم فلسفة حجيّة الحكم القضائيّ على إضفاء حصانة وحرمة على العمل القضائيّ مانعتين من معاودة طرح النّزاع بعد الفصل فيه، وهو ما يقتضي تمييز العمل القضائيّ عن غيره من الأعمال غير القضائيّة سواء أكانت صادرة عن السّلطة التشريعيّة أم التنفيذيّة أم حتّى عن السّلطة القضائيّة إن باشرت هذه الأعمال بغير مقتضى سلطتها القضائيّة البحتة.

بل إنّ هذا التمييز يمتدّ إلى أجزاء صحيفة الحكم نفسها ليحدّد موضع إيراد هذا العمل القضائيّ المستحقّ لحيازة الحجيّة، ويمتدّ إلى دلالات الحكم القضائيّ ليبيّن أيّ الدّلالات تحوز هذه الحجيّة دون غيرها.

لأجل ما تقدّم فقد قسمت الحديث عن مجال سريان حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ في هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة على النّحو التّالي:

المبحث الأوّل: مجال سريان حجيّة الحكم من حيث طبيعة العمل القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المبحث الثّاني: مجال سريان حجيّة الحكم القضائيّ من حيث أجزائه في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المبحث الثّالث: مجال سريان حجيّة الحكم القضائيّ من حيث دلالته في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المبحث الأوّل: مجال سريان حجّية الحكم من حيث طبيعة العمل القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

تمارس الدّولة وظائفها المختلفة من خلال سلطاتها الثّلاث (السّلطة التشريعيّة، السّلطة التنفيذيّة، السّلطة القضائيّة) وهو ما يستدعي بداهة تمييز عمل ووظيفة كلّ سلطة عن أعمال ووظائف السّلطات الأخرى.

ولّما كانت الحجيّة إنّما وُجدت لتلحق بعمل السّلطة القضائيّة دون عمل السّلطة التّشريعيّة والتنفيذيّة فإنّ هذا يقتضي تمييز العمل القضائيّ عن عمل سلطتي التّشريع والإدارة.

ولا يتوقّف الأمر عند هذا الحدّ، لأنّ ممارسة الوظيفة القضائيّة اضطرت القضاة إلى ممارسة أعمال ذات طبيعة غير قضائيّة في أصلها وهي الأعمال الولائيّة والإداريّة، ولّما كانت الحجيّة إنّما وُجدت لتلحق العمل القضائيّ المرتبط بالمنازعة دون غيره ممّا يَعْلَق بمهام السّلطة القضائيّة فإنّ هذا يقتضي تمييز العمل القضائيّ البحت عن الأعمال الولائيّة والإداريّة للسّلطة القضائيّة، مع بيان ما يمكن أن ينال الحجيّة من بعض ما يُعدّ أعمالا ولائيّة.

ويبدو الأمر من النّاحية النّظريّة سهلا بسيطا نظرا لما يمليه مبدأ الفصل بين السّلطات من الاستقلال الوظيفيّ والعضويّ لكلّ سلطة من سلطات الدّولة الثّلاث، ممّا يفترض انحصار إصدار الأحكام على السّلطة القضائيّة، وعدّ كلّ ما يصدر عن هذه الأخيرة حكما جديرا بحيازة الحجيّة، إلاّ أنّ هذا الافتراض النّظريّ سرعان ما يصطدم بالواقع العمليّ الّذي يفرض وجود دور قضائيّ لغير السّلطة القضائيّة، وتجاوز عمل السّلطة القضائيّة حدود إصدار الأحكام القضائيّة وفصل المنازعات إلى ممارسة عمل إداريّ أو ولائيّ أو حتّى ابتكار القانون الواجب التّطبيق في المسألة المعروضة.

ولهذا فإنّ التّعرّض لهذا المبحث يكون بتمييز العمل القضائيّ عن أعمال سلطتي التّشريع والإدارة كأصل عامّ، وهو ما يعرف بمبدأ الفصل بين السّلطات، ثمّ تميّز العمل القضائيّ البحت عن غيره من الوظائف الّتي تباشرها السّلطة القضائيّة، وأخيرا بيان حجيّة الأعمال الصّادرة عن السّلطة القضائيّة خاصّة ما تعلّق بالأعمال ذات الطّبيعة الولائيّة، لأجل ذلك فقد تناولت هذا المبحث كما يلي:

المطلب الأوّل: تمييز العمل القضائيّ عن أعمال سلطتي التّشريع والإدارة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الثّاني: تمييز العمل القضائيّ عن الأعمال الولائيّة والإداريّة للسّلطة القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الثّالث: حجيّة الأعمال الصّادرة عن السّلطة القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الأوّل: تمييز العمل القضائيّ عن أعمال سلطتي التّشريع والإدارة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

تمارس الدولة وظيفتها عبر سلطاتها الثّلاث، وهذه السّلطات تتكامل بينها في القيام بوظائف الدّولة، وتتميّز كلّ واحدة منها بمهمّتها في إطار هذه الوظيفة، وقد تتداخل الأدوار أحيانا وتتمايز بوضوح أحيانا أخرى.

ولّما كانت الجهة القضائيّة هي وحدها المخوّلة بإصدار أحكام قضائيّة حائزة للحجيّة فيبدو من الضّروري إثارة تميّز العمل القضائي عن أعمال جهتي التّشريع والإدارة بشكل مختصر في الشريعة الإسلاميّة والقانون الوضعي في فرعين على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: تميّز العمل القضائيّ عن أعمال جهتي التّشريع والإدارة في الشّريعة الإسلاميّة.

الفرع الثّاني: تميّز العمل القضائيّ عن أعمال سلطتي التّشريع والإدارة في القانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: تميّز العمل القضائيّ عن أعمال جهتي التّشريع والإدارة في الشّريعة الإسلاميّة.

عرف التّاريخ الإسلامي مبدأ الفصل بين السّلطات بصورة متميّزة عمّا يعرفه القانون الوضعيّ حديثا واستقرّ في كثير من النّظم لسببين أساسيين:

1- أنّ السّلطة التّشريعيّة في ظلّ النّظام الإسلاميّ مقيّدة هي ذاتها بأحكام الشّريعة وقواعدها، ممّا يعني أنّها يجب أن تراعي فيما تسنّه من قوانين قواعد الشّريعة وأحكامها بحيث لا تخالفها، وهذا يعني بدوره أنّ التّشريع بمعناه المطلق هو للوحي، وأنّ عمل السّلطة التّشريعيّة لا يتجاوز حدود فهم الوحي والاجتهاد في السّير على هداه، وهو ما يتطلّب بدوره أن يكون أعضاء هذه السّلطة على دراية بأحكام الشريعة ومقاصدها[1].

2- أنّ نصوص الفقهاء لا تفتأ تؤكّد أنّ القضاة نوّاب عن الخليفة أو الحاكم في الحكم بين النّاس، وأنّ مهمّة القضاء موكولة أساسا له، وأنّ له أن يولي من ينوبه في القيام بهذه الوظيفة، فالقضاة نوّاب عن الحاكم وليسوا سلطة مستقلّة بذاتها عنه[2]، ومهمّة القاضي بهذا المعنى أخصّ من مهام الحاكم العامّ، يقول القرافي في التّفريق بين الولاية العامّة التي تكون للحاكم (أو الإمام) والولاية الخاصّة التي تكون للقاضي: "إنّ الإمام في نسبته إلى

---

(1) انظر: عبد الوهاب خلاّف، **السّياسة الشرعيّة في الشّؤون الدستوريّة والخارجيّة والماليّة**، دار القلم سنة 1408 هـ-1988م، ص49.

(2) انظر: ابن رشد، **بداية المجتهد**... ج2 ص461 ؛ الكاساني، **بدائع الصّنائع**...ج7 ص2؛ شمس الدّين بن قدامة، **الشّرح على المغني**، ج11 ص374.

المفتي والحاكم [أي القاضي] كنسبة الكلّ إلى الجزء، والمركب لبعضه، فإنّ الإمام له أن يقضي وأن يفتي، وله أن يفعل ما ليس بفتيا ولا حكم، فكلّ إمام قاض ومفت، والمفتي والقاضي لا تصدق عليهما الإمامة الكبرى"[1] ويعدّ فصل القضايا والأحكام أحد حقوق الرعيّة على السّلطات بتقليد الولاّة والحكّام لقطع المنازعات بين الخصوم وكفّ الظّالم عن المظلوم[2].

وليس معنى هذا أنّ النّظام الإسلاميّ يجافي مبدأ الفصل بين السّلطات، خاصة وأنّ هذا المبدأ يسعى إلى ضمان الحرّية والشرعيّة وتوزيع المهام للمصلحة العامّة، فإنّ "توزيع وظائف الدّولة على هيئات مستقلّة ومتخصّصة، تراقب بعضها بعضا لا ينافي مبادئ الفكر الإسلاميّ في السّياسة"[3].

ولقد نشأت الوظيفة القضائيّة في عصر النبوّة مرتبطة بالتّشريع على اعتبار أنّه لم يكن للمسلمين في البداية قاض سوى رسول الله ﷺ، يصدر عنه التّشريع ويقاضي النّاس بمقتضاه، وكانت هذه المهمّة بمقتضى نصوص القرآن الصّريحة مرتبطة بمهمّة النبوّة والحكم، قال تعالى: ([illegible])[4]، وجاء في كتاب المدينة الذّي شملت إصلاحاته مجال القضاء إضافة إلى الأمور السياسيّة والماليّة والعسكريّة عبارة "وإنّكم مهما اختلفتم في شيء فإنّ مردّه إلى الله وإلى محمد... وأنّه ما كان بين أهل هذه الصحيفة من حدث أو شجار يُخاف فساده فإنّ مردّه إلى الله عزّ وجلّ وإلى محمّد رسول الله"[5].

وبهجرة النّبيّ ﷺ إلى المدينة أصبح حاكم المسلمين وأميرهم المطاع، واجتمعت لديه السّلطة التّشريعيّة والتّنفيذيّة والقضائيّة، وهو فيها جميعا مأمور بالوحي مهديّ بتعاليمه، خاصّة ما تعلّق بالسّلطة التّشريعيّة فإنّ دوره في الأحكام الشّرعيّة تبليغها، قال تعالى: ([illegible])

---

(1) **الإحكام**...ص6.

(2) انظر: ابن جماعة، **تحرير الأحكام**...ص22.

(3) سليمان محمد الطماوي، **السّلطات الثّلاث في الدّساتير العربيّة المعاصرة والفكر السياسيّ الإسلاميّ– دراسة مقارنة–**، دار الفكر العربيّ، مصر، ط6، سنة 1996م، ص590-591.

(4) **سورة النّساء**، الآية 105.

(5) ابن هشام عبد الملك بن أيّوب الحميري المعافريّ أبو محمّد جمال الدّين، **سيرة ابن هشام**، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج2ص106.

⚎♦◘❄❁ ☼⇔⇘☼❁ ❻ ☒☹⌧☛☜☞☟♦○←⓵)[1]، ومع هذا فقد عهد بالقضاء لبعض ولاته ضمن أمور الولاية، وقلّد البعض القضاء خصوصا نظرا لاتّساع الدّولة وتهيئة للصّحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لتولّي القضاء لمراحل قادمة[2].

ولهذا فقد انتصب النبي ﷺ لما عُرض عليه أحيانا بصفة المشرّع المبلّغ للوحي، وانتصب أحيانا أخرى بصفة الحاكم بما تمليه السّياسة الشرعيّة من تصرفات رعاية للمصلحة العامّة، وانتصب أحيانا أخرى بصفة القاضي بما يحكم عمل القضاء من قواعد مرافعات والتزام بسماع الخصوم والحكم لهم أو عليهم بما يعرضون من أدلّة وبيّنات[3].

ولقد باشر الخلفاء الرّاشدون وظيفة القضاء بأنفسهم، إذ كانوا يعتبرونها جزءًا من مهام الحكم، قال ابن خلدون:"كان [أي القضاء] من وظائف الخلافة ومندرجا في عمومها وكان الخلفاء في صدر الإسلام يباشرونه بأنفسهم ولا يجعلون القضاء إلى من سواهم"[4].

ولعلّ كلام ابن خلدون يصحّ في عمومه لا بإطلاقه، لأنّ أبا بكر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أسند قضاء المدينة لعمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فمكث سنتين لا يأتيه الخصوم لما عُرف عنه من شدّة الحزم ولكثرة ورع النّاس وتسامحهم، كما ولّى عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ شُريحا بالبصرة وأبو موسى الأشعريّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بالكوفة[5].

وكان قضاء القضاة المستقلّين عن الخليفة محصورا في المنازعات الماليّة المدنيّة، أمّا الجنايات الموجبة للقصاص أو الحدود فبقيت في يد الخليفة وولاة الأقاليم ذوي الولاية العامّة، أمّا ولاّة الإمارة الخاصة فلهم فقط حقّ استيفاء الحدود المتعلّقة بحقوق الله تعلى المحضة كحدّ الزّنا جلدا أو رجما أو المتعلّقة بحقوق الأشخاص إن طلب طالب منهم ذلك.

ثمّ إنّ عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قام بفصل القضاء عن الولاية في جملة من الولايات، ولقّبهم بلقب القاضي، وجعل رزقهم من بيت مال المسلمين[6]، ثمّ اتّخذ عثمان رَضِيَ اللهُ عَنْهُ دارا للقضاء بعد أن كان القضاء في المسجد.

---

(1) **سورة المائدة**، الآية 67.

(2) من ذلك ما رواه عليّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال:"**بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضيا...**" (سبق ذكره وتخريجه في ص 174 من هذا البحث).

(3) تصدّى القرافي لهذه المسألة في كتابه الشّهير "**الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرّفات القاضي والإمام** ".

(4) **المقدّمة**، ص220.

(5) انظر: محمّد بن محمّد بن عرنوس، **تاريخ القضاء في الإسلام**، المطبعة المصريّة الحديثة، القاهرة، مصر، 1352هـ–1934م، ص12.
ص12.

(6) انظر: ابن خلدون، **المقدّمة**، ص221.

ويظهر أنّ فصل عمر القضاء عن الولاية كان البداية الحقيقيّة لظهور مبدأ فصل السّلطتين القضائيّة والتّنفيذيّة، وكان لذلك أثره على العهود اللاّحقة حيث كان الخلفاء الأمويّون يعيّنون قضاة العواصم، وكان الولاة يعيّنون قضاة ولايتهم[1]، وفي العهد العبّاسيّ ظهرت وظيفة قاضي القضاة، وكان إليه تعيين القضاة وعزلهم، واتّسع سلطان القاضي تدريجيّا فأصبح ينظر في أمور الأوقاف ووضع الأوصياء، بل ويتولّى إلى ذلك الشّرطة والمظالم والحسبة ودار الضّرب وبيت المال[2].

وهكذا يتأكّد ما تقدّمت الحديث به من أنّ الممارسة العمليّة للعمل القضائيّ في التّاريخ الإسلاميّ لم تفترض استقلالا تامّا عن السّلطة التنفيذيّة خاصّة وأنّ الخليفة وولاة الأقاليم كانوا يحتفظون لأنفسهم بحقّ تعيين القضاة وعزلهم، ثمّ إنّ الوازع الدينيّ لعب دورا أساسيّا في حياد الخلفاء والولاة في فجر الإسلام وعدم تدخّلهم في القضاء، إلاّ أنّه لم يردع بعض ملوك وولاة السّوء من الظّلم والجوْر، وهو ما جعل الدّعوة حثيثة إلى اعتماد مبدأ الفصل بين السّلطات كصمام أمان للحرّيات في مواجهة السّلطة، وهذا حتّى تستقلّ السّلطة القضائيّة في أداء وظيفتها دون تدخّل من السّلطة التنفيذيّة.

ويبقى أن أشير إلى أنّ ذلك لا يكون مانعا من تمييز العمل القضائيّ عن عمل الإدارة وعمل التّشريع، لأنّ التّشريع يكون بأحكام وقواعد عامّة، وحتّى في حال ورود النصّ بشأن سبب معيّن أو حادثة معلومة، فإنّ العبرة في ميدان التّشريع هي بعموم اللّفظ لا بخصوص السّبب، بينما يقتصر القضاء على ما يُعرض عليه من وقائع خاصّة محدّدة ولا يتعدّى لمماثل.

كما أنّ العمل القضائيّ يتميّز عن العمل الإداريّ بأنّه يكون فصلا في نزاع بناء على تولية شرعيّة، وهو خلاف العمل الإداريّ الّذي يتحرّك وفق مصالح ومنافع يُقصد تحقيقها بناء على سياسة شرعيّة، وحتّى في حالة اجتهاد القاضي لإيجاد حلول لمعضلات لم يوجد بشأنها نصّ صريح فإنّه يكون مُلزما بعدم مخالفة النّصوص الثّابتة القطعيّة، إذ "لا اجتهاد في مورد النصّ" كما أنّ اجتهاده هذا لا يمنع غيره من الاجتهاد المخالف، فلا يغدو قاعدة عامة.

الفرع الثاني: تمييز العمل القضائيّ عن أعمال سلطتي التّشريع والإدارة في القانون الوضعيّ.

ينطلق هذا التمييز من المبدأ المعتمد في القانون الوضعيّ المتعلّق بالفصل بين السّلطات في الدّولة، وهو أمر شغل قدماء اليونان، وحاول أفلاطون وتلميذه أرسطو بيان ضرورة توزيع وظائف الدّولة بين هيئات مختلفة بالتوازن منعا للاستبداد والانفراد بالسّلطة، بحيث جعل أرسطو وظائف الدّولة ثلاث هي: وظيفة

---

(1) انظر: ابن عرنوس، **تاريخ القضاء في الإسلام**، ص20.

(2) انظر: نفسه، ص66-97؛ ابن خلدون، نفسه، ص221-223.

المداولة، وظيفة الأمر، وظيفة العدالة، فأسند وظيفة المداولة إلى الجمعيّة العامة، ووظيفة العدالة إلى المحـــاكم، ووظيفة الأمر إلى مجلس خاص[1].

كما ميّز جون لوك بين أربع سلطات في الدولة هي التّشريعيّة و القضائيّة و التنفيذيّة والفيدراليّة، وهذه الأخيرة تهتمّ بالعلاقات الخارجيّة وهي ملحقة بالتّنفيذيّة، وقد منح للبرلمان دورا حاسما في ممارســـة السّـــلطة التشريعيّة، وجعل الثّلاث الباقيّة مقصورة على الملك[2]، وقد تركّز الفصل عنده في منـــع تركيـــز السّـــلطتين التشريعيّة والتنفيذيّة في يد واحدة، و لم يُعر اهتماما كبيرا لفصل السّلطة القضائيّة.

ولقد كان لكتاب "روح القوانين" الذّي نشر سنة 1748م لصاحبه "منتسيكيو" أثر بالغ في تأصيل مبدأ الفصل بين السّلطات على اعتبار كونه ضمانا للحريّات، فإنّه يؤدي إلى نتيجتين هـــامتين همـــا التّخصّـــص الوظيفيّ والاستقلال العضويّ، فأمّا الاستقلال الوظيفيّ فيقتضي بأن تختصّ كلّ سلطة بوظيفة محـــدّدة، ولا تتدخّل في تخصّص الأخرى، فتؤدّي كلّ سلطة عملها بمردود أفضل، وأمّا الاستقلال العضويّ فهو بأن لا تجد أي سلطة سبب وجودها في سلطة أخرى، وبالتّالي لا تقع تحت تأثيرها وذلك باستقلالها بأجهزتها، ولقد ظلّ هذا الطّرح النّظري لمبدأ الفصل بين السّلطات مرمى لكثير من المآخذ والانتقادات خاصّة مع وضع القضاء في الأنظمة المختلفة تحت إشراف جهاز إداريّ تابع وخاضع للحكومة (وزارة العدل)، بل ويتمّ تجاوز السّـــلطة القضائيّة بإنشاء المحاكم الاستثنائيّة[3].

ويكون عمل جهة التّشريع سابقا على المنازعة ولا يفترضها، منصبّا على وضـــع القاعـــدة القانونيّـــة المتّسمة بالعموم والتّجريد غير مرتبط بوقائع محدّدة، عكس جهة القضاء الّذي يكون لاحقا للمنازعة، منصبّا على إيجاد حلّ أو تطبيق لقاعدة قانونيّة، مرتبطة بوقائع محدّدة، ويكون عمل الإدارة غير مرتبط حتما بمنازعة، بل يكون بتدخّل الإدارة من تلقاء نفسها لتسيير المرافق والمصالح، عكس عمل جهة القضاء الّـــذي يـــرتبط بمنازعة، ويتدخّل بناء على تظلّم.

ويبدو أنّ التّمييز بين العمل القضائيّ والتشريعيّ لا يثير مشاكل جديّة، على اعتبار أنّ "...المشرّع يضع قواعد سلوك عامّة مجرّدة موجّهة إلى جميع الأفراد، بينما يقوم القاضي بتطبيق هذه القاعدة العامّة على واقعـــة

(1) انظر: عبد الغني بسيوني عبد الله، **النّظم السياسيّة والقانون الدّستوريّ**، الدار الجامعيّة للطباعة والنّشر، بـــيروت، لبنـــان، 1993م، ص246.

(2) انظر: الأمين شريّط، **خصائص التطوّر الدّستوريّ في الجزائر**، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق، جامعة قسنطينة، 1991، ص19.

(3) انظر: الأمين شريّط، نفسه، ص29.

خاصّة"[1]، وحتّى في حالة اضطرار القاضي إلى ابتكار حلّ للقضيّة المطروحة أمامه غير وارد في القانون حتّى لا يُعتبر مُنكرا للعدالة، فإنّ القاعدة التي يضعها القاضي في هذه الحالة لا تنطبق إلاّ على الحالة المقضـيّ فيها وبالتّالي لا تتّصف بالعموم والتّجريد كما هو الحال بالنسبة للقواعد الّتي يضعها المشرّع[2].

وهكذا فإنّ العمل القضائيّ يختصّ بالنّزاع المعروض ويكون حجّة فقط في الوقائع التي فصل فيها، بينما يضع العمل التشريعيّ قواعد تطبّق على النّزاعات المستقبليّة وغيرها، ويكون حجّة على الجميع واجب الاحترام، كما أنّ السّلطة التشريعيّة بإمكانها العودة إلى التّشريع بإلغائه أو تعديله أو إنهاء العمل به، بينما يستنفد القاضي ولايته بإصدار الحكم، ولا يجوز تعديله إلاّ بطرق الطّعن المحدّدة قانونا، ويتحصّن الحكم عن المساس به إذا استنفدت طرق الطّعن، فلا يقبل التّعديل أو التّغيير أو الإلغاء.

بينما يبدو التّمييز بين العمل القضائيّ والعمل الإداريّ يثير مشاكل جديّة، فهما نشاطان وإن كانا يبدوان مختلفين إلاّ أنّهما يتقاطعان بشكل كبير، ويصعب أحيانا تمييز العمل إن كان قضائيا أم إداريّا سواء في ممارسة جهاز القضاء للأنشطة الإداريّة والولائيّة أم ممارسة الإدارة للنّشاط القضائيّ عبر اللّجان الإداريّة ذات الاختصاص القضائيّ، وهو ما يطرح مشكلة طبيعة القرارات التي تصدرها، هل هي قرارات إداريّة أم قضائيّة؟[3]

المطلب الثّاني: تمييز العمل القضائيّ عن الأعمال الولائيّة والإداريّة للسّلطة القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

لا يكفي أن يصدر حكم من السّلطة القضائيّة حتّى يُعدّ حكما قضائيّا مؤهّلا لحيازة الحجيّة، بل لابدّ أن تصدره بمقتضى سلطتها القضائيّة، أي على أساس ممارسة مهمّتها الأساسيّة وهي فصل المنازعات، وهذا أيضا قدر مشترك بين الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ، ويكون بيانه في فرعين على النّحو التّالي:

(1) أحمد مليجي، **أعمال القضاة**، ص6.

(2) انظر: أحمد مليجي، نفسه؛ فتحي والي، **مبادئ قانون القضاء المدنيّ**، ص23.

(3) سيأتي عرض معايير تمييز العمل القضائيّ عن العمل الإداريّ والولائيّ في القانون الوضعيّ ص 405-409 من هذا البحث.

الفرع الأوّل: تمييز العمل القضائيّ عن الأعمال الولائيّة والإداريّة للسّلطة القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة.
الفرع الثّاني: تمييز العمل القضائيّ عن الأعمال الولائيّة والإداريّة للسّلطة القضائيّة في القانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: تمييز العمل القضائيّ عن الأعمال الولائيّة والإداريّة للسّلطة القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

الحقيقة أنّ الوظيفة الأساسيّة للقضاء في الفقه الإسلاميّ هي "الفصل في الخصومات" وهو ما تضافرت على بيانه تعاريف الفقهاء[1]، وليس معنى الخصومة هنا عند الفقهاء مجرّد خصومات المعاملات ومسائل الأحوال الشخصيّة، بل تمتدّ لتشمل الحدود والجنايات وغيرهما.

إلاّ أنّه جرى العرف في عقود تولية القضاة في التّاريخ الإسلاميّ أن توكل إليهم مهامّ ليست من صميم وظيفتهم، فقد صرّح ابن تيمية: "عموم الولايات وخصوصها وما يستفيده المتولّي بالولاية يُتلقّى من الألفاظ والأحوال والعرف، وليس لذلك حدّ في الشّرع، فقد يدخل في ولاية القضاء في بعض الأمكنة والأزمنة ما يدخل في ولاية الحرب في مكان وزمان آخر وبالعكس، وكذلك الحسبة وولاية المال"[2].

وهو ما يدعوني إلى محاولة استقراء طبيعة الأعمال المرتبطة بالقضاء قصد تمييز ما تعدّ ممارسته بمقتضى السّلطة القضائيّة ممّا لا يُعدّ كذلك، ويمكن أن ألخّص هذه الأعمال كما يلي:

أوّلا: الأعمال ذات الطّبيعة القضائيّة البحتة.

وهي الأعمال الّتي اتّفق الفقهاء على أنّ قرار القاضي فيها حكم، وتشمل فصل الخصومات وبها عُرّف القضاء، وعده الماوردي أوّل أعمال القاضي[3]، وكذا إقامة الحدود على الجناة، فإن كان التّعدي وقع على حدّ من حدود الله تعالى تفرّد باستيفائه من غير طالب إذا ثبت بإقرار أو بيّنة، وإن كان من حقوق الآدميين كان موقوفا على طلب مستحقّه[4].

(1) انظر: الدّردير، **الشّرح الكبير**، ج4ص129؛ ابن فرحون، **تبصرة الحكّام**، ج1ص12؛ ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**... ج4ص309؛ البهوتي، **كشّاف القناع**، ج6 ص280.
(2) **الحسبة في الإسلام**، ص8.
(3) انظر: **الأحكام السلطانيّة**...ص136.
(4) انظر: **الأحكام السلطانيّة**... ص 137، عدّه العمل السّابع للقضاة.

وهذا الشّمول لأحكام القضاء عائد إلى اعتبار الأحكام القضائيّة شاملة لسائر الحقوق في نظر الشّريعة الإسلاميّة، قال ابن فرحون:" المقضيّ فيه هو جميع الحقوق"[1]، وقال ابن رشد: "اتّفقوا أنّ القاضي يحكم في كلّ شيء من الحقوق كان حقا لله أو حقا للآدميين"[2].

إلاّ أنّ القول بأنّ العمل القضائيّ يشمل كلّ الحقوق لا يعني شمول الحكم القضائيّ لما يرتبط بمصالح الآخرة، وهو مجال العبادة، كما عبّر عن ذلك القرافي[3]، فلا يحكم القاضي بصّحة صلاة أو حجّ، أو عدم صحّتهما، وإنّما يحكم في مصالح الدنيا المتنازع فيها[4].

ثانيا: الأعمال ذات الطّبيعة الولائيّة.

وهي الأعمال الّتي تتعلّق أساسا بوظيفة الإمامة العامّة، وهي من واجبات الحاكم باعتباره والي المسلمين، وإنّما أُسندت للقضاة لأسباب تاريخيّة، كانشغال الملوك والخلفاء بالسّياسة الكبرى، أو لأسباب موضوعيّة كون القضاة أقدر على أدائها[5]، ويمكن أن نميّز نوعين من هذه الأعمال:

أ–الأعمال الولائيّة غير ذات الصّلة بالوظيفة القضائيّة: وهي أعمال لا تمتّ بأيّ صلة بالعمل القضائيّ، وترتبط بولايات أخرى، وقد تتعلّق بالعبادات، من أهمّها ولاية الحرب وولاية الشّرطة.

فأمّا ولاية الحرب فهي من مهام الإمام (الحاكم العامّ) الأساسيّة، وليس لها بالقضاء صلة، وكذلك ولاية الشّرطة الّتي تَعنى بقمع الجريمة وتنفيذ الأحكام، وأمّا ما تعلّق بالعبادات فقد كانت تُسند للقضاة

---

(1) **التّبصرة**، ص60.

(2) **بداية المجتهد**...ج2ص382.

(3) انظر ص 16 من هذا البحث.

(4) حكم القاضي بقتل المرتدّ، أو عقاب تارك الصّلاة أو غيرهما ممّا يبدو فصلا فيما هو مرتبط بمصالح الآخرة، وهذا غير صحيح، لأنّه إنّما شرع وحكم به القاضي لما له من ارتباط بالنّظام العامّ للمجتمع ومساس بدينه، وهي مصلحة دنيوية عامّة.

(5) وضّح ابن خلدون سبب إضافة المهام الأخرى للقضاة فقال:" أنّ القاضي إنّما كان له في عصر الخلفاء الفصل بين الخصوم فقط، ثمّ دفع لهم بعد ذلك أمور أخرى على التّدريج بحسب اشتغال الخلفاء والملوك بالسّياسة الكبرى، واستقرّ منصب القضاء آخر الأمر على أنّه يجمع مع الفصل بين الخصوم استيفاء بعض الحقوق العامّة للمسلمين بالنّظر في أموال المحجور عليهم من المجانين واليتامى والمفلسين وأهل السّفه وفي وصايا المسلمين وأوقافهم وتزويج الأيامى عند فقد الأولياء على رأي من رآه والنّظر في مصالح الطّرقات والأبنية وتصفّح الشّهود والأمناء والنّواب واستيفاء العلم والخبرة فيهم بالعدالة والجرح ليحصل له الوثوق بهم وصارت هذه كلّها من تعلّقات وظيفته وتوابع ولايته وقد كان الخلفاء من قبل يجعلون للقاضي النّظر في المظالم...وذلك أوسع من نظر القاضي...وربّما كانوا يجعلون للقاضي قيادة الجهاد..." (**المقدّمة**، ص221).

الإشراف على صلاة الجمعة والأعياد، ورؤية هلال شهر رمضان[1]، وهي أعمال لا ترتبط بوظيفة القضاء في شيء.

والخلاصة أنّ هذا النّوع من الأعمال الولائيّة الّتي وجدت تاريخيّا ضمن مهام القضاة لا علاقة لها في عمومها بالوظيفة القضائيّة البتّة.

ب–الأعمال الولائيّة ذات الصّلة بالوظيفة القضائيّة: وهي أعمال مرتبطة بالعمل القضائيّ موضوعيّا، رغم أنّها ليست من صميمه، وقد سبق أن أشرت إلى عبارة ابن خلدون الجامعة في ما استقرّ عليه منصب القضاء من مهام، وإذا استُثني ممّا ذكره ابن خلدون من وظائف القضاة الولائيّة أمران وهما :

أ– النّظر في الأوقاف على اعتبار أنّه من مهامّ ناظر المظالم.

ب–النّظر في مصالح الطّرقات والأبنية على اعتبار أنّه من مهامّ المحتسب.

فإنّه يخلص جملة الوظائف الولائيّة اللّصيقة بوظيفة القاضي الأساسيّة، ويمكن تعدادها بالرّجوع إلى كتب المشتغلين بالقضاء الشّرعي فيما يلي[2]:

1. النّظر في أموال اليتامى والمجانين والسّفهاء.
2. الحجر على مستحقّه والنّظر في أموال المحجور عليهم.
3. النّظر في تنفيذ الوصايا.
4. تولّي زواج الأيامى عند فقد الأولياء.
5. استيفاء الحقوق ممّن مطل بها، وإيصالها إلى مستحقّها بعد ثبوت استحقاقها بإقرار أو بيّنة.
6. تصفّح حال الشّهود والأمناء والنوّاب بالجرح والعدالة.

كما أنّ ولايتي المظالم والحسبة تندرج كثير من أعمالهما ضمن الأعمال الولائيّة ذات الصّلة بالوظيفة القضائيّة فيما لا تمارسان فيه عملا قضائيّا بحتا، ويمكن بيان ذلك باستعراض أعمالهما كما يلي:

فأمّا ولاية المظالم فهي وظيفة ممتزجة بين سطوة السّلطنة ونصفة القضاء[3]، وتتعلّق بالنّظر في تعسّف الولاّة في استعمال السّلطة وتجاوز المسؤولين والعاملين في الضرائب والزّكاة، وتظلّم العاملين من نقص رواتبهم أو تأخّر صرفها، والنّظر في ردّ الغصوب الأميريّة وغصوب السّطو والقهر والغلبة، والنّظر في

---

(1) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ص66؛ ابن رشد، **بداية المجتهد**...ج2ص382.

(2) انظر: الماوردي، **الأحكام السلطانيّة**...ص67-68؛ البهوتي، **كشّاف القناع**...ج6 ص289-290.

(3) انظر: الماوردي، نفسه، ص97؛ الفرّاء، **الأحكام السّلطانيّة**، ص73.

الأوقاف، وفي إمضاء أحكام القضاة على ذوي السّطوة والمال والقوّة، والنّظر في مراعاة العبادات الظّاهرة، والنّظر في التّظلمات من أحكام القضاء العاديّ[1].

والملاحظ أنّ ولاية المظالم بهذا المعنى تتقاطع في بعض الأعمال مع الوظيفة القضائيّة البحتة، ولهذا تتوقّف مباشرتها على التّظلّم، كتظلّم الموظّفين من نقص رواتبهم أو تأخّر صرفها، وكذا النّظر في التّظلمات من أحكام القضاء العاديّ.

وتزيد عن الوظيفة القضائيّة البحتة بمراقبة الولاّة والمسؤولين وجباة الزّكاة، وردّ الغصوب والنّظر في الأوقاف ومراعاة العبادات الظّاهرة، وهذا لا يتوقّف مباشرته على تظلّم، ولهذا قال ابن خلدون عن ولاية المظالم "أوسع من نظر القاضي"[2]، وهي تشبه في شقّ منها ما يّعدّ حاليّا بنظام القضاء الإداري أو مجلس الدّولة.

والظّاهر أنّ ما أضيف إلى ولاية المظالم من صميم اختصاصات القضاء العاديّ إنّما كان كبحا لجماح ذوي السّلطة والمال لّما لم يكفهم سلطان القضاء العاديّ، إذ لم تظهر هذه الولاية إلاّ بعد أن "تجاهر النّاس بالظّلم والتّغالب ولم يكفهم زواجر العظة عن التّمانع والتّجاذب"[3].

وأمّا ولاية الحسبة فهي وظيفة تعنى بمحاربة المنكرات العامّة الّتي تتجسّد بترك معروف أو اقتراف منكر، وهدفها حفظ الحقوق سواء أكانت حقوقا لله أم للآدميين أم كانت حقوقا مشتركة، كالأمر بأداء صلاة الجمعة أو الجماعة، وقمع الابتداع، ومحاربة المعاملات الماليّة الفاسدة كالاحتكار، ونهي المتجاوز في موضع البنيان ما لم يكن في المسألة نزاع معروض على قضاء، وأمر الكافلين برعاية المتكفّل بهم[4]، ووالي الحسبة في هذا جميعه لا يحتاج إلى دعوى أو تظلّم.

---

(1) انظر: الماوردي، **الأحكام السّلطانيّة**...ص81؛ الفرّاء، **الأحكام السّلطانيّة**، ص76-77.

(2) **المقدّمة**، ص222.

(3) الماوردي، نفسه، ص73.

(4) انظر: الماوردي، نفسه، ص249-256؛ الفرّاء، نفسه، ص288-291؛ ابن تيمية، **الحسبة في الإسلام**، ص8و9و29.

الفرع الثّاني: تمييز العمل القضائيّ عن الأعمال الولائيّة والإداريّة للسّلطة القضائيّة في القانون الوضعيّ.

أوّلا: تحديد الأعمال الّتي تباشرها السّلطة القضائيّة.

يباشر القضاة إضافة إلى وظيفتهم الأساسيّة المتمثّلة في الأعمال القضائيّة البحتة أعمالا ذات طبيعة ولائيّة أو إداريّة، ويعدّ ضروريّا جدّا أن نميّز العمل القضائيّ البحت الصّادر في شكل حكم قضائيّ عن العمل الولائيّ الصّادر في شكل أمر ولائيّ عن العمل الإداريّ الصّادر في شكل قرار إداريّ، لأجل ذلك كان لزاما عليّ توضيح هذه الوظائف الثّلاث الّتي يباشرها القضاء تمهيدا لتمييز العمل القضائيّ البحت عن الوظيفة الولائيّة أو الإداريّة.

1. الأعمال ذات الطبيعة القضائيّة البحتة.

المقصود بها الأعمال الّتي يقوم بها القضاة قصد تطبيق القانون على وقائع معيّنة، بناء على ادّعاء، متبوع بتقرير وقرار قضائيّ هادف إلى حلّ مسألة قانونيّة معروضة على القضاء، وهذا النّوع من الأعمال القضائيّة هو الّذي يصحّ إطلاق المصطلح عليه دون قيد، وهو الوظيفة الأساسيّة للقضاء، ولأجله كانت السّلطة القضائيّة[1].

2. الأعمال ذات الطّبيعة الولائيّة.

المقصود بها هي الأعمال الّتي يمارسها القاضي باعتباره حاكما، أو واليا لأمور النّاس[2]، لأجل ذلك تسمّى بالأعمال الولائيّة، كما تسمّى بالأعمال التفضليّة لأنّها لا تدخل ابتداء في اختصاص القضاة، ويمارسها القاضي بناء على إرادة الطّالب الّذي يلجأ باختياره إليه.

ويرجع إسناد الأعمال الولائيّة للقضاة إلى توافر ضمانات خاصّة بالقضاة، كالعلم بالقانون والخبرة والنّزاهة، وهو ما أهّلهم تاريخيّا إلى ممارسة وظائف تتجاوز حدود فصل الخصومات[3]، ويمكن حصر الأعمال الولائيّة للقضاة في:

أ– التّوثيق والتّصديق: حيث يثبت القاضي ما يتمّ بين يديه من تصرفات أو إجراءات أثناء سير الخصومة، ويصادق على إقرارات الطرفين، كالمصادقة على العقود الّتي يقرّ بها الطّرفان.

---

(1) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص45.

(2) انظر: أحمد مليحي، **تحديد نطاق الولاية القضائيّة**...ص120. يقول عبد الحكم فوده: " يُقصد بالوظيفة الولائيّة صلاحيّة المحكمة لأن تصدر عدّة أوامر ليست بأحكام قضائيّة" (**حجيّة الأمر المقضي وقوّته**...ص149).

(3) انظر: أحمد أبو الوفا، نفسه، ص46.

ب- الإذن والأمر: حيث يأذن القاضي أو يأمر بإزالة عائق يحول صاحب الشّأن من اتّخاذ إجراء أو إبرام تصرّف، كالإذن للقاصر في التّجارة والأمر بالحجز التحفّظي على أموال المدّعى عليه.

ج- الرّقابة والضّبط: حيث يراقب القاضي بعض التّصرفات ويضبط بعض الأمور حتّى تتوافق مع القانون، كمراقبة تصرّفات الأوصياء والأولياء على ناقصي الأهليّة وعديميها.

د- التّوثيق والتّصديق: حيث يثبت القاضي ما يتمّ بين يديه من تصرّفات أو إجراءات أثناء سير الخصومة، ويصادق على إقرارات الطّرفين كالمصادقة على العقود الّتي يقرّ بها الطّرفان.

وتمثّل الأعمال الولائيّة في طبيعتها مزيجا من الأعمال القضائيّة والأعمال الإداريّة[1]، فإنّ طالب العمل الولائيّ يستطيع إعادة تقديم نفس الطّلب الّذي سبق رفضه، ويمكن له رفع دعوى موضوعيّة ولو كان هناك تعارض بين دعواه والطّلب الولائيّ الّذي سبق عدم الاستجابة له، كما أنّ القاضي مصدر القرار الولائيّ يمكن أن يرجع عن قراره السّابق، أو يعدّله، أو يصدر قرارا سبق له رفض إصداره.

3. الأعمال ذات الطّبيعة الإداريّة:

المقصود بها الأعمال الّتي تتعلّق بتنظيم مرفق القضاء وحسن سيره، كتحديد مواعيد الجلسات وتنظيم جدول الجلسة وتوزيع القضايا وإدارة الجلسة وتأجيل الجلسات[2]، لأجل ذلك تسمّى بأعمال الإدارة القضائيّة، ويمارس القضاة العمل الإداريّ لحاجة مرفق القضاء إلى تنظيم، ولأنّ السّلطة القضائيّة أولى بإدارة شؤون نفسها، وهذه الأعمال لا ترتبط بالأفراد ولا تتعلّق بمصالحهم الخاصّة، وتُعتبر الأعمال الإداريّة بطبيعتها متميّزة تماما عن العمل القضائيّ، وتخضع لتقدير القضاة، ولتنظيم داخليّ للسّلطة القضائيّة كسائر مرافق الدّولة وأجهزتها الإداريّة.

---

(1) يرى بعض الباحثين أنّ الأعمال الولائيّة أعمال إداريّة بحتة، وقد انتُقد هذا الرأي بأنّ العمل الإداريّ يهدف إلى تحقيق مصلحة عامّة بخلاف العمل الولائيّ الّذي يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصّة، كما يرى البعض الآخر أنّها أعمال قضائيّة، وقد انتقد هذا الرّأي بأنّ القضاء يفترض وجود رابطة قانونيّة سابقة يحدث الاعتداء عليها، بخلاف العمل الولائيّ (انظر: عبد النّاصر موسى أبو البصل، **نظريّة الحكم القضائيّ**...ص79-80).

(2) انظر: أحمد مليجي، **تحديد نطاق الولاية القضائيّة**...ص201.

ثانيا: معايير تمييز العمل القضائيّ عن الأعمال الولائيّة والإداريّة.

اجتهد فقهاء القانون في تحديد جملة من المعايير لتمييز العمل القضائيّ البحث عن أعمال القضـــاة ذات الطّبيعة الولائيّة أو الإداريّة، وسأحاول أن أتعرّض لأهمّها، ويمكن تصنيفها لنوعين هما:

1. المعايير ذات الصبغة الماديّة.

أ- معيار المنازعة[1]: ذلك أن عمل القاضي الأساسيّ هو فصل المنازعات، فهو سبب هذا العمل، وهو هدفه فلا مبرّر لتدخّل القضاء في غير مواضع النّزاع وإلاّ خرج عن وظيفته الأساسيّة واستحقّت قراراته عدم التمتّع بالحجيّة، بينما تخلو أعمال القاضي الولائيّة أو الإداريّة من عنصر المنازعة، وسواءً أكانت المنازعة (أو النّزاع) موجودة حقيقة أو مفترضة، فإنّ القضاء قصد حماية السّلام الاجتماعيّ، وحفظ النّظـــام العـــامّ فتدخّل لحسم المنازعة، ومثال المنازعة المفترضة حالة التّطليق، أو حالة تدخّل القضاء في المسائل الجنائيّة رغـــم اعتراف المتّهم، ولقيام هذا المعيار تقوم إجراءات الخصومة على أساس المواجهة بين الخصوم.

وقد انتُقد هذا المعيار على أساس أنّ وظيفة القضاء لا تقتصر على فضّ المنازعات، لأنّ هذا رجوع به إلى ما كان سائدا في القرون الوسطى، بينما وظيفته في الدّولة الحديثة هي تطبيق القواعد القانونيّة العامّـــة في حالات محدّدة والمحافظة على مصلحة المجتمع ولو مع انعدام المنازعة، كما أنّ غاية تحقيق السّلام الاجتمـــاعيّ وحفظ النّظام العامّ أهداف تشترك فيها الوظائف القضائيّة والتّشريعيّة والإداريّة.

كما انتُقد بأنّه غير كاف لتبرير كلّ أنواع القضاء، فإنّ القضاء الجنائيّ لا يعالج نزاعا بين سلطة الاتّهام والمتّهم حول وجود الجريمة أو عقوبتها وإلاّ كان من الممكن الاتّفاق بينهما على حلّ النّزاع بصورة وديّـــة، وهذا كلام لا يستقيم، وكذا الحال لو اعترف المتّهم بارتكاب الجريمة، كما أنّ القضاء المدنيّ قد يباشر وظيفته رغم عدم وجود منازعة كحالة الطّلاق بالتّراضي، فإنّ الزوجين متّفقان على طلب الطّلاق، فيكون حكـــم القضاء بالطّلاق غير ناشئ عن منازعة، وكذلك الحال حالة رفع دعوى بدين يقرّ به المدين، ويكون الهـــدف من هذه الدّعوى هو الحصول على سند تنفيذيّ، فإنّ الحكم القضائيّ لم يأت لفصل نزاع قائم.

وانتُقد أيضا بأنّ القانون يشترط وجود مصلحة لرفع الدّعوى، ولا يشترط وجود نزاع، وليس حتمـــا أن ترتبط المصلحة بوجود نزاع.

---

(1) وهو المعيار العمتد عند غالب الفقه الفرنسيّ والمصريّ، انظر: أحمد مليجي، **تحديد نطـــاق الولايـــة القضـــائيّة**... ص20، يقـــول السّنهوريّ: "... إن كان الأمر يتعلّق بخصومة بين طرفين فُصل فيها فهو قضاء، وإلاّ فهو أمر ولائيّ" (**الوسيط**...ج2 ص655).

ب– معيار العناصر الهيكليّة المكوّنة للعمل القضائيّ[1]: إنّ العمل القضائيّ يتشكّل من الادّعاء، والّذي يُقصد منه طرح مسألة قانونيّة على القضاء لإيجاد حلّ لها، ومن التّقرير، وهو حلّ المسألة القانونيّة المطروحة وغاية العمل القضائيّ، ومن القرار الّذي يبرز حلّ المسألة القانونيّة لتحقيقه في الواقع.

وهذه الوحدة المميّزة للعمل القضائيّ هي الّتي تفارق بينه وبين العمل الإداريّ، فإنّ العمل الإداريّ لا يفترض وجود مخالفة للقانون ينشأ عنها ادّعاء، كما أنّ التّقرير فيه يُعتبر وسيلة لا غاية، ولهذا لا تُفترض فيه قوّة الحقيقيّة القانونيّة.

وقد انتقد هذا المعيار بأنّه يتجاهل الشّكل والإجراءات، ويركّز على النّاحية الموضوعيّة فقط، كما انتُقد على اعتبار الادّعاء عنصرا في العمل القضائيّ بينما هو أمر خارجيّ عنه، وانتقد أيضا لكونه يُعدّ التّقرير غاية العمل القضائيّ، بينما هو وسيلة لغاية أهمّ هي إنهاء المنازعة وتحقيق المصالح العامّة للمجتمع.

ج– **معيار غاية العمل القضائيّ**: إنّ غاية العمل القضائيّ هي حلّ مسألة قانونيّة معروضة على القاضي، وهو مركب من عناصر ثلاث: طلب، فحص القاضي لهذا الطلب على ضوء القانون، قرار يُعتبر حلاّ للمسألة القانونيّة. ولكي نكون بصدد عمل قضائيّ ينبغي أن يكون القائم بهذه الوظيفة تدخّل أساسا لحلّ مسألة قانونيّة، وهو ما يميّز العمل القضائيّ ويجعله يختلف عن العمل الإداريّ الّذي يقوم بمهمّته وفق ما تمليه عليه مقتضيات المصلحة العامّة، ولهذا فبينما يمنع على القاضي المدنيّ التعرّض لغير ما تُقام به الدّعوى والقضاء في غير الطّلبات المطروحة، والأخذ بغير الأدلّة المقدّمة لديه في تحقيق الوقائع، فإنّ الموظف الإداريّ سعيا لتحقيق المصلحة العامّة له أن يتعرّض لأكثر من المسألة المطروحة، وأن يحقّق فيها بالشّكل المناسب، وأن يُبادر إلى معالجة قضايا لم يتبنّ طرف معيّن طرحها.

وقد انتقد هذا المعيار بأنّ هناك دعاوى قضائيّة ليس موضوعها حق، ولا يحقّق الفصل فيها حماية لحقّ ما، ومن أمثلتها دعوى الحيازة، كما أنّ القضاء كوظيفة عامّة لا يباشر عمله لأجل حقوق الأفراد خاصّة، وإنّما لأجل احترام القانون وتطبيقه.

2. المعايير ذات الصبغة الشّكليّة:

(1) وهو المعيار الّذي نادى به الفقيه ديجي (Duguit)، وأخذ به جملة من فقهاء القانون في فرنسا ومصر (انظر أحمد مليجي، نفسه، ص36 و41).

أ– المعيار العضوي الإجرائيّ: يرى معتمدوه أنّ المعيار الصّحيح لتمييز العمل القضائيّ هو مصدر هذا العمل والإجراء الّذي يتّبعه، فحتى يكون العمل قضائيّا يجب أن يصدر من سلطة منظّمة مخصّصة لممارسة القضاء، وأن يلتزم بالإجراءات اللاّزمة لإصدار الأحكام القضائيّة، ومتى توفّر هذان الأمران في العمل القضائيّ فإنّه يكون سببا في اكتسابه حجيّة الأمر المقضيّ.

وقد انتُقد هذا المعيار بأنّه لا يحلّ مشكلة تميّز العمل القضائيّ بل يستبدلها بمشكلة أخرى، إذ بدلا من التساؤل عن حقيقة العمل القضائيّ، يصبح التساؤل عن كيفيّة تحديد طبيعة الهيئة القضائيّة لكي تُمنح لأعمالها الصّفة القضائيّة، كما انتُقد بأنّ العمل القضائيّ وجد تاريخيّا، كما يوجد نظريّا غير مرتبط بالعضو الذّي يمارسه والإجراء الّذي يتّبعه، كما يوجد عمليّا في لجان إداريّة ذات اختصاص قضائيّ وهي غير متخصّصة أساسا في القيام بوظيفة القضاء، وقد لا تلتزم بإجراءات أساسيّة في العمل القضائيّ، كما أنّ بعض الأعمال الصّادرة عن هيئة القضاء، وبإجراءات معيّنة لا يمكن اعتبارها عملا قضائيّا رغم توافر شرط العضويّة والإجراء كقيد شخص في جدول الخبراء.

والخلاصة أنّ الوظيفة هي الّتي تميّز العضو وليس العكس، وبالتالي فإنّ صفة القاضي تُنسب لمن يؤدّي العمل القضائيّ وليس العكس[1].

ب– معيار الاستقلال العضويّ: يرى أصحابه أنّ الطّريق الوحيد لتمييز العمل القضائيّ عن غيره من أعمال القضاة الولائيّة والإداريّة هو أنّ الوظيفة القضائيّة تُباشر على أساس الاستقلال العضويّ بينما الوظيفة الإداريّة تباشر على أساس التبعيّة الرئاسيّة، فإنّ للرؤساء الإداريين حقّ إصدار التّوجيهات والتّعليمات الملزمة لمرؤوسيهم، خلافا للقضاة الّذين لا يتلقون هذه التّوجيهات في العمل القضائيّ، ولا يتقيّدون بها.

وانتُقد بوجود هيئات إداريّة تتمتّع بالاستقلال التّام، ولا تتّبع أي رئاسة إداريّة، ومع هذا فلا يُعتبر عملها عملا قضائيّا، ومثالها: لجان الامتحان والهيئات الإداريّة اللاّمركزيّة.

ج– معيار قوّة الحقيقة القانونيّة: يرى أصحابه أنّ العمل القضائيّ هو التّقرير الّذي له قوّة الحقيقة القانونيّة والّذي يتعلّق بمركز قانونيّ عام أو فرديّ أو يتعلّق بشرعيّة أو عدم شرعيّة تصرّف أو واقعة، وهذا الأمر يُعرف من المشرّع فهو الّذي يقرّر منح أو عدم منح تقرير ما قوّة الحقيقة القانونيّة، فلا عبرة بصفة الشخص ولا الإجراءات المتّبعة، ولا موضوع التقرير ذاته، لأنّها ليست إلاّ دلائل كاشفة عن إرادة المشرّع.

ويجعل هذا المعيار من أثر العمل القضائيّ مميّزا له عن غيره من الأعمال، وهو وجه انتقاد موجّه له، فإنّ العمل تكون له حجيّة الأمر المقضيّ لأنّه قضائيّ، ولا يكون قضائيّا لأنّ له حجيّة الأمر المقضيّ، كما أنّ إرادة

(1) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص46.

المشرّع قد تكون غير صريحة، والإحالة عليها تجعل طبيعة العمل القضائيّ تتوقّف على هـــذه الإرادة، وهـــي عنصر خارجيّ عن العمل ذاته.

والحقيقة أن هذه المعايير قد تُسهم مجتمعة في تلمّس العمل القضائيّ وفي تمييزه عن غيره من الأعمـــال، فإنّ غالب ما يمكن اعتباره عملا قضائيّا يجمع بين توافر عنصر المنازعة، ويتشكّل من ادّعاء وتقريـــر وقـــرار، ويهدف إلى حلّ مسألة قانونيّة معروضة على القاضي، هذا من جهة المعايير ذات الصّبغة الماديّة، ومن جهـــة المعايير ذات الصبغة الشّكليّة فإنّ العمل القضائيّ يكون في الغالب صادرا عن سلطة القضاء معتمـــدا علـــى الإجراءات المحدّدة قانونا، ويكون مباشرا على أساس الاستقلال العضويّ، فيكون العمل القضائيّ في الغالب متميّزا عن العمل الولائيّ بكلّ هذه المعايير مجتمعة باستثناء معيار قوّة الحقيقة القانونيّة فهو معيـــار يقـــود إلى الدَوْر المرفوض منهجيّا، إلاّ أنّ الإشكال يطرح في حالات خاصة يمكن حصرها كما يلي:

1–حالة خلو العمل القضائيّ من المنازعة، كما لو اعترف المتّهم بارتكاب الجريمة أو حالة الطّلاق بالتّراضي.

2–حالة صدور العمل القضائيّ عن جهات غير قضائيّة أصلا كاللّجان الإداريّة ذات الاختصاص القضائيّ.

3–حالة صدور عمل غير قضائيّ (ولائيّ أو إداريّ) من جهة قضائيّة مختصّة.

والحقيقة أنّ اعتماد معيار المنازعة يقلّص من وظيفة القضاء، ولا يجيب عن حالات يتدخّل القضاء فيها بحكمه رغم انعدام المنازعة، وهي حالات سبق ذكرها، ولهذا يجب استبعاد هذا المعيار، كما أنّ معيار غايـــة العمل القضائيّ ضعيف الحجّة نظرا لأنّ الوظيفة الحقيقيّة للقضاء هي تطبيق القانون لا مجرّد حمايـــة حقـــوق الأفراد، كما أنّ معيار الاستقلال العضويّ معيب بوجود هيئات إداريّة بحتة تتمتّع هي أيضـــا بالاســـتقلال العضويّ.

فبقي لنا أن نعتمد معيار ممتزجا بين معيارين، المعيار ذو الصّبغة الماديّة متمثلا في معيار العناصر الهيكليّة المكونّة للعمل القضائيّ متمثّلة في الادّعاء والتّقرير والقرار، والمعيار ذو الصبغة الشّكليّة المتمثّـــل في المعيـــار العضويّ الإجرائيّ، وهذا المزج بين المعيارين يجنّبهما معا ما وُجّه إليهما من انتقادات أساسيّة كلّ على حدى، لأن هذا المزج يأخذ بعين الاعتبار الشكل والمضمون معا ويجيب عن حالة صدور عمل غير قضائيّ عن جهة قضائيّة مختصّة (العمل الولائيّ) لأنّه رغم توافر العضويّة، إلاّ أنّ غياب الإجراءات أو غياب العناصر الهيكليّـــة المكوّنة للعمل القضائيّ يبقي الأعمال الإداريّة والولائيّة للقضاء خارج الأعمال القضائيّة.

كما يجيب عن حالة صدور عمل قضائيّ عن لجان إداريّة ذات صبغة قضائيّة، إذ رغم أنّها لجان إداريّة إلاّ أنّ إسناد هذا العمل لها من طرف المشرّع مع تحديد إجراءات معيّنة لعملها يعطيها صفة العضويّة، ويلزمها

بالإجراءات المحدّدة، فمتى صدرت قراراتها ضمن هذا التّكليف وتضمّنت عناصر العمل القضـــائيّ الهيكليّـــة كانت أعمالها قضائيّة.

المطلب الثّالث: حجيّة الأعمال الصّادرة عن السّلطة القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يتّفق القانون الوضعيّ مع الفقه الشّرعيّ على أنّ ما يصدر عن الجهات القضائيّة بمقتضى سلطتها القضائيّة هو وحده ما يمكن اعتباره حكما حائزا للحجيّة، بينما لا يُضفى على الأعمال ذات الطّبيعة الولائيّة أو الإداريّة أيّ حجيّة، بحيث يمكن سحبها أو تعديلها من مصدرها أو غيره[1].

ويجعل فقهاء الإسلام لفظ "الحكم" قاصرا على ما يصدر عن السّلطة القضائيّة بمقتضى ولايتها القضائيّة دون ما يصدر عنها بمقتضى سلطتها الولائيّة والإداريّة، ويجعلون أثر ذلك إمكانيّة نقض ما يصدر بمقتضى السّلطة الولائيّة أو الإداريّة، فقد عقد ابن فرحون المالكيّ فصلا في المواضع الّتي تعدّ تصرّفات الحاكم فيها ليست بحكم[2]، وتبعه على ذلك الطّرابسليّ الحنفيّ[3]. والمتتبّع لهذه الأعمال يجدها لا تخرج عن الأعمال الولائيّة والإداريّة الّتي يمارسها القضاة، ولو كانت لصيقة بالعمل القضائيّ، وهو لا تحوز حجيّة مانعة من نقضها وإعادة نظر ما سبق الفصل به فيها.

وقد يبدو الأمر إلى هذا الحدّ سهلا، إلاّ أنّ التعمّق في استعراض الأعمال ذات الطّبيعة الولائيّة سواء في القانون الوضعيّ أو الفقه الشّرعيّ يبيّن أنّ المسألة ليست بهذه البساطة وأنّ بعض تصرّفات القضاة المعدودة ضمن الوظيفة الولائيّة يمكن أن تعدّ أحكاما وتكتسب حجيّة الأمر المقضيّ.

ولهذا فقد اخترت التعرّض لحجيّة الأحكام القضائيّة كأصل عامّ ثمّ التعرّض لحجيّة بعض الأعمال الولائيّة كاستثناء من خلال فرعين على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: الأصل اقتصار الحجيّة على الأعمال القضائيّة البحتة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الثّاني: حجيّة بعض الأعمال الولائيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: الأصل اقتصار الحجيّة على الأعمال القضائيّة البحتة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

(1) يقول عبد الحكم فوده: "إنّ الأحكام القضائيّة هي الّتي تحوز حجيّة الشّيء المحكوم فيه دون الأوامر الصّادرة من المحاكم بمقتضى وظيفتها الولائيّة أو الإداريّة، فما تصدره المحاكم بهذه الصّفة الأخيرة سواء أكان أوامر أو قرارات أو أحكام ولائيّة لا تحوز حجيّة الأمر المقضيّ لقابليتها للتّعديل والعدول عنها بحسب مقتضيات الأمور، فمنها ما لا تحدّد له جلسة يُدعى لها الخصوم للمرافعة وتقديم المذكّرات، بل تصدر على عريضة في غيبة الخصوم، ومنها ما لا يحتاج إلى أسباب، ومنها ما يمكن الرّجوع فيه، ومنها ما يمكن تعديله، ومنها ما يسقط إذا لم يُقدّم للتنفيذ خلال مدّة وجيزة، كما أنّ منها ما لا يجوز الطّعن فيه بطرق الطّعن المعروفة، بل يجوز التّظلم منها بالطّرق الّتي رسمها القانون" (**حجيّة الأمر المقضيّ وقوّته**...ص150).

(2) انظر: **التّبصرة**، ج1 ص80-81.

(3) انظر: **معين الحكّام**...ص38-40.

أوّلا: الأصل اقتصار الحجيّة على الأعمال القضائيّة البحتة في الشّريعة الإسلاميّة.

درج فقهاء الإسلام على قصر تعبير الأحكام القضائيّة على ما يصدر من عمل قضائيّ صرف دون غيره من الأعمال الولائيّة والإداريّة، ويجعلون علامة ذلك عدم إمكانيّة نقضها من طرف القاضي مصدر الحكم أو غيره من القضاة.

ولّما كانت حجيّة الأحكام القضائيّة إنّما يعبّر عنها في فقه الشّريعة بعدم النّقض كما سبق بيانه في تعريف الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة فإنّ المتتبّع لعبارات الفقهاء يتأكّد من أنّ الأعمال القضائيّة البحتة هي وحدها المستأهلة لحيازة الحجيّة، فقد تضافرت هذه العبارات على أنّه إذا أصدر قاض حكما قضائيّا بناءً على اجتهاد فيما هو محلّ اجتهاد فيحرم على غيره من القضاة نقضه باجتهادهم[1]، قال الطباطبائيّ الشيعيّ: "...بل حكى عليه الإجماع بعضهم من عدم جواز نقض الحكم الناشئ عن اجتهاد صحيح باجتهاد كذلك"[2]، بل إنّ واجب القاضي تجاه الأحكام القضائيّة هو إمضاؤها وتنفيذها، قال ابن فرحون: "والعادل العالم لا يُتعرض لأحكامه إلاّ على وجه التجويز لها إن عرض فيها عارض بوجه خصومة"[3]، ومعنى التجويز لها أي إنفاذها والعمل بها واعتبارها في إبلاغ النّاس ما قضت لهم به من حقوق.

كذلك واجب القضاة هو فسخ كلّ حكم قضائيّ ناقض لحكم سابق عنه دون وجه حقّ، إنّما لمجرّد اختلاف الرّأي ما دام القاضي الذّي أصدر الحكم الأوّل مأمونا في أحكامه، عدلا في أحواله، بصيرا بقضائه، لم يخالف قطعيّا من كتاب أو سُنّة أو إجماع[4].

وهو الرّاجح في المذهب المالكيّ خلاف لمن رأى جواز فسخ القاضي للحكم إلى ما هو أحسن منه وأصوب[5].

والخلاصة أنّه متى صدر حكم قضائيّ غير مخالف لنصوص القرآن والسُنّة أو الإجماع، وكان مؤسّسا على الاجتهاد فيما هو محلّ الاجتهاد، فلا يجوز للقاضي الذّي أصدره ولا غيره من القضاة أن ينقضه باجتهاد جديد، وهذا إعمالا للقاعدة (الاجتهاد لا ينقض بمثله).

---

(1) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص57؛ الباجي، **فصول الأحكام**...ص177؛ ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص77؛ ابن قدامة، **المغني**، ج 11 ص407؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3 ص 478؛ الكاساني، **بدائع الصّنائع**...ج7 ص 14؛ السمائلي، **العقد الثّمين**...ص9؛ المرتضى، **البحر الزخّار**...ج5ص136؛ الطباطبائيّ، **مستمسك العروة الوثقى**، ج1ص205.

(2) نفسه.

(3) ابن فرحون، نفسه، ج1 ص74.

(4) انظر: نفسه، ج1 ص79.

(5) انظر: نفسه، ج1 ص71.

وقد عقد ابن فرحون فصلا في المواضع الّتي تصرّفات الحكّام فيها ليست بحكم[1]، وتبعه في ذلك الطرابلسي الحنفي[2]، ويمكن تحديد ما ليس بحكم لكونه لم يتضمّن فصلا في النّزاع وليس عملا قضائيّا بحتا ممّا أورده كما يلي:

- العقود كالبيع والشّراء في أموال اليتامى والغائبين والمجانين...
- إثبات الصّفات في الذّوات، نحو إثبات العدالة أو الجرح.
- ثبوت أسباب المطالبات، كثبوت قيمة المتلف في المتلفات.
- إثبات الحجج الموجبة لثبوت الأسباب الموجبة للاستحقاق، كثبوت إقامة البيّنات ممّن أقامها، وثبوت الإقرارات من الخصوم.
- تصرّفات الحكّام بتعاطي أسباب الاستخلاص ووصول الحقوق إلى مستحقّيها من الحبس والإطلاق، وأخذ الكفلاء الأملياء وأخذ الرّهون لذوي الحقوق.
- التصرّفات في أنواع الحجج، كامتناع القاضي عن سماع البيّنة إذا حلف صاحبها قبلها مع علمه بها وقدرته على إحضارها.
- إثبات الصّفات في الذوات الموجبة للتصرّف في الأموال كالترشيد.

فكلّ هذه التصرّفات يمكن الرّجوع عنها، ويمكن لغيره من الحكّام تغييرها والأخذ بخلافها، والعلّة في ذلك جميعا أنّها ليست أحكاما قضائيّة فاصلة في النّزاع المطروح، فهي إمّا تصرّفات بمقتضى السّلطة الولائيّة للقاضي وإمّا إجراءات تمهيديّة للحكم الّذي يجيب عن طلبات ودفوع الخصوم، ويعبّر عن عقيدة القاضي فيما يتعلّق بالخصومة.

ثانيا: الأصل اقتصار الحجيّة على الأعمال القضائيّة البحتة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

لا يختلف الأمر بالنسبة للقانون الوضعيّ فيما يتعلّق باعتبار فصل الخصومة هي الوظيفة الأساسيّة للقضاء، وأنّ القرارات المختلفة لا تكون مؤهّلة لكي تعدّ حكما وبالتّالي تحوز الحجيّة إلاّ إذا كان القضاء قد

(1) **التّبصرة**، ج1ص80-81.

(2) انظر: **معين الحكّام**، ص38-40.

مارسها بما لديه من سلطة قضائيّة، فإنّ "القرار الصّادر من المحكمة بما لها من سلطة ولائيّة لا يعدّ حكما ما لم ينصّ القانون على ما يخالف ذلك"[1].

وعلى هذا فإنّ اشتغال الجهة القضائيّة المخوّلة قانونا للفصل في المنازعات بغير هذه الوظيفة يفقد عملها صفة الحكم القضائيّ – بالمعنى الأخصّ – وبالتالي يترع عنه صفة الحجيّة، فتميّز بهذا عمل القاضي بما له من سلطة قضائيّة عن عمله بما له من سلطة ولائيّة، لأنّه من المفترض أنّه لا يحوز حجيّة الأمر المقضيّ من هذه الأعمال إلاّ الحكم القضائيّ الّذي يكون نتاج ممارسة القضاء لسلطته القضائيّة لا لما له من سلطة ولائيّة أو إداريّة[2].

لأجل ما تقدّم فإنّ العمل الولائيّ للقضاة متمثّل في الأوامر الولائيّة لا تتمتّع بحجيّة الشيء المقضيّ فيه، إضافة إلى أنّ العمل الولائيّ يكون استثناء وبنصّ خاصّ، ولهذا فلا يجوز للقاضي أن يباشر عملا منها إلاّ في حدود ما ورد بالتّشريع غير خاضع للقواعد الإجرائيّة كحريّة الدفاع وعلانيّة الجلسات. ولا يتحتّم فيه التّسبيب إلاّ إذا خالف أمرا ولائيّا سبق إصداره وغير خاضع لطرق الطّعن في الأحكام، وهو واجب النّفاذ غير متوقّف على استنفاذ طرق الطّعن أو مواعيد كالأحكام[3].

وليس خفيا على الأذهان فإنّ العمل الإداريّ للقضاة متمثّلا في القرار الإداريّ لا يتمتّع بحجيّة الشيء المقضيّ فيه من باب أولى.

الفرع الثّاني: حجيّة بعض الأعمال الولائيّة للقضاء في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعي.

الأصل أنّ الأعمال الولائيّة والإداريّة لا تحوز حجيّة مانعة من إلغائها أو إعادة نظرها كلّما اقتضت الحاجة ذلك، إلاّ أنّه وُجدت بعض الأعمال الّتي تعدّ أساسا ولائيّة إلاّ أنّها تحوز الحجيّة، ولعلّ الاختلاف في حجيّتها ناشئا عن الاختلاف حول عدّها أعمالا قضائيّة أم ولائيّة، ولأجل ذلك فقد خصّصت هذا الفرع من المطلب لذكر بعض نماذج عنها وبيان ما فيها من اختلاف حول حجيّتها بسبب الاختلاف حول طبيعتها كما يلي:

---

(1) أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص34.

(2) يقول عبد الحكم فوده :" إنّ الأحكام القضائيّة هي الّتي تحوز حجيّة الشّيء المحكوم فيه دون الأوامر الصّادرة من المحاكم بمقتضى وظيفتها الولائيّة أو الإداريّة..." (**حجيّة الأمر المقضيّ وقوّته**...ص150).

(3) أحمد أبو الوفا، نفسه، ص48–49؛ عبد الحكم فوده، نفسه.

أوّلا: حجيّة بعض الأعمال الولائيّة للقضاء في الشّريعة الإسلاميّة.

اختلف الفقه الإسلاميّ في مدى حيازة الأعمال المعدودة ولائيّة للحجيّة بعدم جواز التّعرض لها بالتّغيير والنّقض بناء على الاختلاف في عدّها أحكاما، وسأتعرض لأهمّ هذه التّصرفات كما يلي:

1. العقود. وهي العقود الّتي يثبتها القاضي أثناء الجلسة، حيث يتّجه الفقه الحنفيّ[1] والحنبليّ[2] إلى عدّها أحكاما لا يجوز العدول عنها، بينما يرجّح المالكيّة[3] والشّافعيّة عدم عدّها أحكاما بحيث يمكن نقضها كسائر العقود.

2. إثبات الصّفات. المقصود بإثبات الصّفات هو اعتبارها من طرف القاضي بحيث يكون لثبوت هذه الصّفات أثر في الحكم وفي إنهاء النّزاع، وذلك كإثبات عدالة الشّاهد أو عدم عدالته، وأهليّة الشّخص لمباشرة تصرّف معيّن وأهليته لنيل حقّ ما كاستحقاق الأمّ للحضانة.

يتّجه الفقه الإسلاميّ في عمومه إلى اعتبار إثبات الصّفات أحكاما بحيث لا يمكن العدول عنها أو الامتناع ممّا أثبته القاضي من الصّفات إذا عرض على غيره[4]، وقد سبق ذكر تعريف المالكيّة للقضاء الّذي ورد فيه "صفة حكميّة توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشّرعيّ ولو بتعديل أو تجريح"[5]، فقد اعتبر التّعريف إثبات العدالة أو الجرح من الحكم واجب النّفاذ، بينما صرّح ابن فرحون بكون إثبات الصّفات عند الحاكم ليست أحكاما لأنّ له (أي الحاكم) أن يثبت عدالة الشّخص في وقت، ويثبت عكسها في وقت آخر[6].

والظّاهر أنّ العبرة في إثبات الصّفات هو بوقت الحكم، لأنّ الصّفة قد تثبت في وقت وتزول في آخر، ثمّ تعود بعد ذلك على تقلّب أحوال النّاس، ومثال ذلك إذا طُلب أحد للشّهادة، فتحرّى القاضي عن عدالته فزكّي فأثبت عدالته، ثمّ طُلب مرّة أخرى للشّهادة فتحرّى القاضي عن عدالته فلم يزكَّ فلم تثبت عدالته.

3. إثبات أسباب المطالبات. وذلك بأن يثبت القاضي سببا للمطالبة، بأن يثبت كون أحدهم مدينا للآخر بمقدار معيّن من المال، فهل للّذي أثبت له القاضي هذا السّبب أن يطالب بهذا الدّين بمجرّد إثبات القاضي له، وهل لغير من أثبت من القضاة الامتناع عن إثبات هذا الدّين.

---

(1) انظر: ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**...ج5ص424.

(2) انظر: البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3ص474.

(3) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص80.

(4) انظر: الرّملي، **نهاية المحتاج**...ج8ص245؛ البهوتي، نفسه؛ القارّي، **مجلّة الأحكام الشّرعيّة**، ص592.

(5) الحطّاب، **مواهب الجليل**، ج16ص86؛ الخرشي، ج4ص138.

(6) انظر: نفسه، ج1 ص73-74.

ذهب الحنابلة[1] إلى اعتبار هذا الثبوت حكما أيضا، لا يجوز العدول عنه وليس لغيره من القضاة إثبات خلافه، ورأى المالكيّة[2] أنّها ليست أحكاما[3].

ثانيا: حجيّة بعض الأعمال الولائيّة للقضاء في القانون الوضعيّ.

من المستقرّ في الفقه القانونيّ أنّ الحجيّة لا تثبت إلاّ للأحكام القضائيّة دون القرارات الصّادرة من المحاكم بمقتضى وظيفتها الولائيّة أو الإداريّة، إلاّ أنّ المتتبّع لما يُذكر في عداد الأعمال الولائيّة والّتي يفترض أنّها لا تُعتبر أحكاما، ولا تحوز أيّ حجيّة يجد في هذه النّماذج تفصيلا يستدعي الوقوف عنده، وهي كما يلي:

1. العقود الّتي يثبتها القاضي أثناء الجلسة. يفرّق الفقه القانوني بالنسبة للعقود الّتي يثبتها القاضي أثناء الجلسة بين حالتين[4]:

الحالة الأولى: أن يقتصر القاضي على إثبات العقد كما قدّمه المتعاقدان، دون البحث في أركانه وشروطه، حيث يسجّل العقد كما صرّح به الطّرفان، وهذا عمل ولائيّ.

الحالة الثّانية: أن يبحث القاضي ويتحقّق من قيام أركان العقد وشروطه، ثمّ يثبت صحّته بناء على النّتيجة الّتي توصّل إليها، وهذا عمل قضائيّ.

2. أوامر الأداء. وهي أوامر تقوم على إلزام المدين بردّ دين الدّائن حال ثبوت الدّين بالكتابة دون اللّجوء إلى مواجهة الخصوم، على اعتبار أنّ المدين ليس لديه ما يعارض به ادّعاء الدّائن، وبالتّالي لا يقتضي الأمر سلوك سبيل الإجراءات المعتادة للدّعوى والفصل فيها تجنّبا للإطالة وتعجيلا بالحقوق.

ويكتفي الدّائن باستصدار أمر بدفع الدّين يعلن للمدين، فإن لم يتظلّم المدين في مدّة قصيرة أصبح بمثابة حكم نهائيّ واجب النّفاذ[5].

وقد وُجد في تحديد طبيعة أوامر الأداء اتّجاهان في الفقه القانوني[6]:

---

(1) انظر: البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3ص474.

(2) انظر: القرافي، **الإحكام**...ص50.

(3) سبق التّعرّض للثّبوت، هل هو حكم أم لا، انظر ص 293-296 من هذا البحث.

(4) انظر: السنهوريّ، **الوسيط**، ج2ص656.

Natalie FRICERO, *op. cit.*, p.911.

(5) انظر: أحمد مليجي، **تحديد نطاق الولاية القضائيّة**...ص165-166.

(6) انظر: أحمد مليجي، **تحديد نطاق الولاية القضائيّة**... ص165.

الاتّجاه الأوّل: أوامر الأداء عمل قضائيّ، بحيث يعتبر أنّ أمر الأداء يتضمّن قضاء فاصلا في خصومة رُفعت للقضاء بطريق محدّد نصّ عليه القانون بإجراءات خاصّة لا تؤثّر في اعتباره حكما قضائيّا بدليل اشتماله على قضاء قطعيّ ملزم.

الاتّجاه الثّاني: أوامر الأداء عمل ولائيّ، بحيث يعتبر أنّ اكتفاء المشرّع بأمر الأداء إنّما كان بهدف تيسير المهمّة على المحاكم، ولهذا أوجب استصدار الأمر بالأداء بدل عرض النّزاع عليها، فيكون يكون للمحكمة ألاّ تجيب الطّالب إلى طلبه فتمتنع عن إصدار الأمر بالأداء، وحتّى إن منحته إرادة المشرّع آثار الحكم، فإنّه لا ترد فيه بيانات الحكم، ولا يصدر في جلسة علنيّة، ولا يطعن فيه بالشّكل المقرّر للأحكام.

الاتّجاه الثّالث: أوامر الأداء ذات طبيعة مزدوجة، بحيث يعتبر أنّ أمر الأداء من حيث الشّكل هو أمر على عريضة، لا يلزم لإصداره ما يلزم لإصدار الأحكام، فلا يلزم النّطق به في جلسة علنيّة، ولا يلزم تحريره كما تحرّر الأحكام، ومن حيث الموضوع فإنّ أمر الأداء قضاء قطعيّ ملزم، يشبه الحكم الغيابيّ فيما يقرّر بشأن إعلانه والطّعن فيه وتنفيذه.

وبغضّ النّظر عن ترجيح أحد هذه الاتّجاهات في تحديد طبيعة الأمر بالأداء فإنّه يحوز حجيّة الحكم القضائيّ متى استوفى الشّروط المحدّدة قانونا، وهذه الصّفة يمنحها التّشريع بصرف النّظر عن الجدل الفقهيّ حول طبيعته، إذ أنّ أمر الأداء متى صدر "فإنّه يُعتبر متضمّنا قضاء قطعيّا ملزما، أو بمثابة حكم، وتكون له آثار الحكم من حيث الحجيّة المترتّبة عليه، ومن حيث قابليّته للتّنفيذ الجبريّ"[1].

3. قرارات سلطات التّحقيق. لا تعدّ النّيابة العامّة أو قاضي التّحقيق أو غرفة الاتّهام جهات حكم، ولهذا فإنّ الأصل أن لا يحوز ما يصدر عنها من قرارات وأوامر الحجيّة[2]، ومع هذا فإنّ ما يصدر عنها ليس سواء من حيث إمكانيّة حيازته للحجيّة أم لا.

---

(1) أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص44.

(2) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص146و199؛ أحمد فتحي سرور، **الوسيط في قانون الإجراءات الجنائيّة**، ص389؛ السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص648-649. فلا يعدّ ما يصدر عن النّيابة العامّة من قرارات حفظ أوراق الدّعوى في القضايا المختلفة أحكاما قضائيّة، ولهذا يجوز لها العدول عنها، كما يمكن تحريك الدّعوى مجدّدا بطريق الادّعاء المدنيّ أو التّكليف المباشر بالحضور أمام المحكمة، وكذلك الأوامر الّتي تصدرها المحكمة بالقبض على شخص أو حبسه مؤقّتا أو الإفراج عنه، فكلّها أوامر لا تعدّ أحكاما بالمعنى الدّقيق للحكم، ويمكن للمحكمة العدول عنها، ويترتّب عن ذلك عدم حيازة ما يصدر عن هذه الجهات من أوامر وقرارات للحجيّة، وبالتّالي فيجوز سحب هذه القرارات سواء من نفس الجهة المصدرة لها أم من جهة أعلى منها.

فبالنّسبة لأمر الإحالة الّذي يمثّل القرار الّذي يصدره قاضي التّحقيق متضمنا إحالة الدّعوى إلى جهة الحكم للفصل في موضوعها بعد تحقيق الوقائع المرفوعة إليه، فإنّه رغم كونه يخرج الدّعوى العموميّة من مرحلة التّحقيق، ويمتنع على قاضي التّحقيق الرّجوع عنه بإصدار أمر بانتفاء وجه الدّعوى إلاّ من خلال الطّعن فيه بالطّرق القانونيّة، فهو لا يحوز حجيّة الحكم القضائيّ لأنّه لا يتضمّن في الحقيقة إدانة أو براءة الشّخص المحال، بل إنّ نظر جهة الحكم للدّعوى لا يعتبر ترتيبا للحجيّة عليه لأنّه لا يتضمّن حكما في الموضوع.

أمّا بالنّسبة للأمر بانتفاء وجه الدّعوى فإنّ قاضي التّحقيق يستنفد به ولايته في تحقيق الوقائع المرفوعة إليه، ويكون على غرفة الاتّهام الّتي تمثّل جهة استئناف لقراراته أن تتصدّى لها، ولهذا فإنّه يتضمّن في الحقيقة قضاء في الوقائع، وهو ما يؤهّله لحيازة حجيّة الشيء المقضيّ فيه، إلاّ أنّ إمكانيّة إلغائه من طرف قاضي التّحقيق مصدر هذا الأمر حال ظهور أدلّة جديدة للوقائع الّتي سبق تحقيقها[1] أوجد تردّدا في القول بحجيّته.

فذهب اتّجاه إلى حيازة الأمر بانتفاء وجه الدّعوى للحجيّة كالحكم الصّادر بالبراءة من جهة الحكم بغض النّظر عن الأسباب الّتي بُني عليها، إلاّ أنّ هذه الحجيّة تكون مؤقّتة متوقّفة على عدم إلغائه من طرف قاضي التّحقيق مصدر الأمر حال ظهور أدلّة جديدة للوقائع إضافة إلى عدم إلغائه من طرف جهة الحكم المختصّة[2].

بينما يذهب اتّجاه آخر إلى التّمييز بين حالة كونه مؤسّسا على أسباب موضوعيّة أو قانونيّة، ففي الحالة الأولى يحوز حجيّة مؤقتة أمام قاضي التّحقيق والحكم على السّواء، بحيث يجوز الرّجوع عنه بإعادة التّحقيق، أو محاكمته ما لم يتقادم الفعل موضوع التّحقيق، بينما يحوز حجيّة نهائيّة في الحالة الثّانية، بحيث أنّ الأمر المؤسّس على أسباب قانونيّة كالتّقادم أو وجود سبب من أسباب الإباحة يعدّ حكما قضائيّا بالبراءة لا يجوز المساس به حتّى في حالة ظهور أدلّة جديدة.

وواضح أنّ المحكمة العليا قد رجّحت بصراحة حيازة الأمر بانتفاء وجه الدّعوى للحجيّة حال تأسيسه على أسباب قانونيّة واعتبرته حكما بالبراءة على اعتبار أنّ الطّرف المدنيّ لا يملك الطّعن فيه بالنّقض بناء على نصّ المادّة 1/496 الّتي لا تجيز الطّعن بالنّقض في الأحكام الصّادرة بالبراءة إلاّ من جانب النّيابة العامّة[3].

---

(1) تنصّ المادّة 1/175 من قانون الإجراءات الجزائيّة الجزائريّ على أنّ "المتّهم الّذي صدر بالنّسبة إليه أمر من قاضي التّحقيق بألاّ وجه للمتابعة لا يجوز متابعته من أجل الواقعة نفسها ما لم تطرأ أدلّة جديدة"

(2) أحمد فتحي سرور، **الوسيط في قانون الإجراءات الجنائيّة**، ص639–640؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص204.

(3) نقض جنائي، رقم35677، بتاريخ 23- 10–1984، **المجلّة القضائيّة**، العدد 04، 1989م، ص220؛ نقض جنائيّ، رقم 55057، بتاريخ 14–03–1989، **المجلّة القضائيّة**، العدد02، 1992م، ص216.

خلاصة مقارنة

ختاما للمبحث الموسوم بـــ "مجال سريان حجيّة الحكم القضائيّ من حيث طبيعة العمـــل في الشّـــريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ" فإنّه من الضّروري تسجيل بعض الملاحظات المهمّة على النّحو التّالي:

1- يتميّز العمل القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ عن عمل سلطتي التّشريع والإدارة بوظيفته المحدّدة أساسا في الفصل في النّزاع المطروح أمام القاضي بناء على ولاية شرعيّة، خلافا للعمل التّشريعيّ الّذي يتحدّد أساسا بوظيفة وضع الأحكام والقواعد العامة المجرّدة السّابقة للعمل القضائيّ، وخلافا أيضـــا للعمـــل الإداريّ الّذي يتحدّد أساسا بوظيفة تحقيق المصالح والمنافع بتسيير المرافق المختلفة غير متعلّق بمنازعة.

ويظهر أثر هذا التميّز في أنّ العمل القضائيّ يختصّ بالنّزاع المعروض ويكون حجّة في الوقائع الّتي فصـــل فيها فقط، ولا يكون للسلطة القضائيّة إلغاء أو تعديل الأحكام القضائيّة الصّادرة عنـــها إلاّ بطـــرق الطّعـــن المحدّدة، وعلى العكس فإنّ عمل السّلطة التشريعيّة والتنفيذّية لا يتحدّد أساسا بتزاع معيّن ولهذا فلهما سلطة العدول والإلغاء عمّا تضعه الأولى من تشريعات أو تصدره الثّانية من قرارات.

2- رغم تميّز العمل القضائيّ باعتباره نشاط السّلطة القضائيّة بطبيعته عن أنشـــطة السّـــلطتين التّشـــريعيّة والتنفيذيّة في الشّريعة الإسلاميّة فهو لا يقوم كما في القانون الوضعيّ على مبدأ الفصل بين السّلطات الّـــذي يقتضي إضافة إلى التخصّص الوظيفيّ استقلالا عضويّا بين هذه السّلطات الثّلاث، بل إنّه يعتمد أساسا علـــى المعيار الأوّل في تميّزه نظرا لخصوصيّة السّلطة التّشريعيّة في النّظام الإسلاميّ وتبعيته كوظيفة للحاكم العـــامّ، ذلك أنّ التّشريع بمعناه المطلق هو للوحي وأنّ عمل السّلطة التّشريعيّة لا يتجاوز حدود فهم الوحي والاجتهاد في رحابه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ القضاء نيابة عن الحاكم في الفصل في النّزاع بين النّاس علـــى اعتبار أنّه وظيفته ابتداء والقضاة نوابه في أدائها لا سلطة مستقلّة بذاتها عنه.

ورغم ما يظهر من نصاعة الطرح النّظريّ لمبدأ الفصل بين السّلطات في القانون الوضعيّ على اعتبـــاره افتراضة للاستقلال العضويّ للسلطة القضائيّة عن السّلطة التّنفيذيّة، إلاّ أنّه يعود في الممارسة فيجعل الســـلطة القضائيّة تحت إشراف جهاز إداري تابع وخاضع للحكومة (وزارة العدل)، وهذا يعني أنّه بأخـــذ مفهـــوم السّلطة التّشريعيّة في الشّريعة الإسلاميّة بما يلزم من خصوصيّة، فإنّ تميّز العمل القضائيّ عن العمـــل الإداريّ يقوم أساسا على المعيار الوظيفيّ على اعتبار أنّ الاستقلال العضويّ مهما توفّر على مستوى قاعدتي السّلطتين وأجهزتهما فإنّ وحدة السّلطة السّياسيّة للدّولة تقتضي تجميعهما في يد قمّة هرم السّلطة التّنفيذيّة متمـــثلا في رئيس الجمهوريّة أو الحاكم العام أو الملك.

3- يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة على أنّ الأعمال القضائيّة البحتة المتمثّلة في فصل الخصومات هي الوظيفة الأساسيّة للسّلطة القضائيّة، وأن غيرها من الأعمال ذات الطّبيعة الولائيّة إنّما أسندت للقضاة لأسباب تاريخيّة موضوعيّة، كما أُسندت الأعمال الإداريّة إليهم لحاجة مرفق القضاء إلى التّسيير.

ويترتّب عن ذلك عدم اعتبار الأعمال ذات الطّبيعة الولائيّة أو الإداريّة عملا قضائيّا، وعدم عدّ ما يصدر عن السّلطة القضائيّة بمقتضى سلطتها الولائيّة أو الإداريّة أحكاما قضائيّة، وبالتّالي عدم حيازتها للحجيّة على اعتبار أنّها حماية قانونيّة قاصرة على الأحكام.

4- يُفرّق فقه الشّريعة الإسلاميّة والفقه القانونيّ بين الأعمال الولائيّة بحسب تضمّنها للفصل في الموضوع وبحث المحكمة لما تتضمّنه من نزاع، ولهذا فقد وُجد اختلاف في فقه الشّريعة الإسلاميّة حول حجيّة جملة من الأعمال المعدودة ولائيّة كالعقود القضائيّة وإثبات الصفات وإثبات أسباب المطالبات، كما وجد اختلاف في الفقه القانونيّ حول حجيّة جملة من الأعمال المعدودة ولائيّة كأوامر الأداء.

إلاّ أنّه مما يجب الإشارة إليه أنّ اختلاف الفقه في حجيّة هذه الأعمال المعدودة ولائيّة يجعلها في نظر من يرى حيازتها للحجيّة أعمالا قضائيّة بحتة، وهو ما يُعبّر عنه فقهاء الإسلام بكونها حُكما، ويخرجها من دائرة الأعمال الولائيّة.

المبحث الثّاني: مجال سريان مبدأ حجّية الحكم القضائيّ من حيث أجزائه في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

تتضمّن نسخة الحكم الأصليّة عناصر محدّدة هي[1]:

1. الديباجة: تتضمّن جملة من البيانات تبدأ بالتّصدير المحدّد قانونا[2]، وتحدّد الجهة مصدرة الحكم وتاريخ إصداره واسم القاضي مصدر الحكم[3] وتاريخ إصداره.

2. وقائع الخصومة: تشتمل على أسماء الخصوم وصفاقم، كما تتضمّن بيانا موجزا بأسانيدهم وما قدّموه من طلبات أو دفوع ورأي النّيابة العامّة في حالة تدخّلها في الخصومة واسم عضو النّيابة، وتتضمّن وقائع الحكم الجنائيّ هويّة وموطن المتّهم ومحلّ إقامته المعتاد وكذا اسم المدافع عنه، كما تتضمّن الوقائع موضوع الاتّهام والأسئلة الموضوعة والأجوبة الّتي أعطيت عنها[4].

3. أسباب الحكم: وهي الأسانيد الّتي بنت عليها المحكمة حكمها من أدلّة واقعيّة وحجج قانونيّة[5].

4. منطوق الحكم: يتضمّن نصّ ما قضت به المحكمة فيما عرض عليها من طلبات، ويتمّ إعلانه شفاهيّا في جلسة علنيّة[6].

وواضح من خلال هذا التّقديم أنّ موضع إيراد قضاء المحكمة هو منطوق الحكم، إلاّ أنّه لمّا كانت صحيفة الحكم كلاّ متكاملا وكان إيراد الأسباب والوقائع فيها إنّما كان المقصود به التّمهيد لبيان عقيدة المحكمة تجاه النّزاع فإنّ المنطوق لا ينفكّ عن الوقائع الّتي يقضي فيها ولا الأسباب الّتي بُني عليها، وقد تكون العودة إليها مُعِينة في فهم وتحقّق ما قضت به المحكمة، بل إنّ هذين الأخيرين قد يحوزان حجّية ينالاها بقدر ارتباطهما بالمنطوق، ولهذا فقد آثرت أن أتعرّض لهذا المبحث في مطلبين على النّحو التّالي.

المطلب الأوّل: حجيّة المنطوق في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الثّاني: حجية الأسباب والوقائع في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

---

(1) تضمّنتها المادّة 38 من قانون الإجراءات المدنيّة بالنّسبة للحكم المدنيّ، والمادّة 313 من قانون الإجراءات الجزائيّة بالنّسبة للحكم الجنائيّ.

(2) تنصّ المادّة 38 من قانون الإجراءات المدنيّة على أنّ التّصدير يكون كالتّالي:(الجمهوريّة الجزائريّة الديمقراطيّة الشعبيّة. باسم الشّعب).

(3) تنصّ المادّة 313 من قانون الإجراءات الجزائيّة على ضرورة ذكر اسم الرّئيس والقضاة المساعدين والمساعدين المحلّفين وممثّل النّيابة العامّة، وكاتب الجلسة والمترجم إن كان ثمّة محلّ لذلك(الأمر رقم 95-10 المؤرّخ في 25-02-95).

(4) المادّة 314 من قانون الإجراءات الجزائيّة (الأمر رقم 95-10 المؤرّخ في 25-02-95).

(5) تنصّ المادّة 314 من قانون الإجراءات الجزائيّة على ضرورة إدراج مواد القوانين المطبّقة.

(6) تنصّ المادّة 314 من قانون الإجراءات الجزائيّة على ضرورة تضمّن الحكم للعقوبات المحكوم بها، وإيقاف التّنفيذ إن كان قد قضي به مع الإشارة إلى علنيّة الجلسات أو القرار الّذي أمر بسرّيّتها وتلاوة الرّئيس للحكم علنا.

المطلب الأوّل: حجيّة المنطوق (dispositif) في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يعتبر المنطوق ثمرة جهد القاضي في دراسة القضيّة، وهو موطن بيان عقيدته إزاء النّزاع المطروح بين يديه، ذلك أن القاضي مطلوب منه بعد سماع الخصوم واستعراض الطّلبات والدّفوع أن يبلغ بالنزاع إلى نهايته وذلك بأن يبيّن قناعته وموقفه منه بالنّطق بالحكم، ثم يودع موقفه هذا في صحيفة الحكم ممهّدا لها بما ثبت لديه من وقائع ومثنّيا بما اعتمده من أسباب للخلوص إلى هذا الحكم، ومنتهيا بفصل الخطاب بمنطوق الحكم.

ولا يُتصوّر الحكم القضائي دون منطوق، وإلاّ كان في حكم العدم، لأنّه بغيره لا يفصل نزاع ولا تتحدّد حقوق ولا مراكز، ولا تثبت براءة ولا إدانة.

فمنطوق الحكم هو جوهر عمليّة التّقاضي والحكم، وغاية المتخاصمين ومقصدهم من العدالة، وهو خلاصة جهد القاضي، ومتمسّك الخصوم عند تنفيذ الحكم، أو فيما يُستقبل من دعاوى تستند إلى ما سبق الفصل فيه، لأجل ذلك كان التّعرض للحديث عن المنطوق في بحث حجيّة الحكم القضائيّ من صميم الموضوع، إذ أنّ الحجيّة إنّما ترتبط كما سبق بيانه بالأحكام الفاصلة في الموضوع، وموضع إيراد الأحكام القطعيّة عموما هو منطوق الحكم، فيكون الحديث عن المنطوق وحجيّته في صلب الحديث عن حجيّة الحكم القضائيّ، ويكون تناول هذا المطلب في فرعين على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: مفهوم المنطوق في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الثّاني: أثر ورود الحكم في المنطوق على حيازته للحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: مفهوم المنطوق (dispositif) في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

أوّلا: مفهوم المنطوق في الشّريعة الإسلاميّة.

المنطوق في اللّغة اسم مفعول من نَطَقَ ينطقُ نُطقا ومنطقا ونُطوقا، بمعنى تكلّم بصوت وحروف تعرف بها المعاني[1]، أمّا في الاصطلاح فليس في كتب الفقه المتقدّمة حديث عن المنطوق كجزء مستقلّ من الحكم، ولعلّ هذا يعود لسببين:

1. أنّ تسجيل الأحكام في الفقه الإسلاميّ لم يتقرّر بشكل واضح نظرا لبساطة المجتمع في بداية الإسلام وقلّة الخصومات وانعدام التّجاحد حول ما تمّ الحكم به، ولهذا فقد تراوحت عبارات الفقهاء بين جواز التّسجيل واستحبابه و لم يوجبه إلاّ القليل منهم[2].

---

(1) انظر: الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، ج3ص285؛ الزّمخشري، **أساس البلاغة**، ص461.

(2) انظر: شروط صحّة الحكم القضائيّ ص 219-220 من هذا البحث.

2. أنّ مفهوم الحكم ذاته كان يقتصر على معنى الفصل في النّزاع المطروح أمام القاضي، بمعنى أنّ ما نطق به القاضي واعتمده من حلّ للنّزاع المطروح أمامه هو الحكم، أمّا ما اعتمده من بيانات مختلفة وأسانيد فلم يكن ينصرف إليها معنى الحكم.

وقد أضحى تسجيل الأحكام ضمن صحيفة ضرورة ومصلحة شرعيّة ظاهرة حتّى يُعلم بدقّة ما حُكم به وموضوع الدّعوى وأطرافها وسببها، خاصّة مع تعقّد حياة النّاس واستغناؤهم بالتّوثيق عن الإشهاد وحاجة الأحكام لأن تكون مقيّدة بالكتابة لكي تنفّذ.

وقد تضمّنت مجلّة الأحكام العدليّة ما تحتويه ورقة الحكم الّتي يطلق عليها الإعلام، وهي بما تضمّنته في وقتها تضاهي ما عليه نسخ الأحكام في وقتنا، يقول علي حيدر: "...والإعلام يُطلق على الورقة المحتوية على حكم القاضي الشرعيّ وإمضائه وختمه، وهذا الإعلام يحتوي على صورة دعوى المدّعي مع الأدلّة الّتي استند عليها وصورة وجواب المدّعى عليه، وإن كان حاويا دفعا أسباب ثبوت الدّفع، وأن يشتمل في ختامه على ذكر الأسباب الموجبة للحكم كما هو مبيّن في المادّة 1827 مع بيان كيفيّة الحكم"[1]، فقد بيّن الشّارح على المجلّة ما يتضمّنه الحكم من بيانات، وأشار إلى أنّ خاتمته هي المحدّدة لبيان كيفيّة الحكم، وهو ما يمكن تسميته بمنطوق الحكم.

وهو بهذا المعنى خلاصة دراسة القاضي لطلبات ودفوع الخصوم، وهو موضع بيان ما استقرّت عليه قناعة القاضي من حلّ في النّزاع، وهو ما يصرّح به عند إصداره للحكم كفصل في الموضوع المطروح عليه.
كما أنّه يكون خاتمة نسخة الحكم (الإعلام) على اعتبار كونه الجزء الختاميّ فيها، إذ هو آخر ما يدوّن بعد ذكر الدّعوى والأدلّة والدّفوع والأسباب الموجبة للحكم.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الفقه الإسلاميّ لم يقصر ما يدلّ على الحكم على قول القاضي، بل عدّاها إلى فعله بمعناه الواسع إذا تضمّن فصلا في النّزاع، بحيث اعتُبر الكلام والفعل سواء في الدّلالة على الحكم، يقول الإمام القرافي: "اعلم أنّه كما يدلّ القول على الحكم في قول الحاكم أشهدكم أنّي حكمت بكذا فكذلك الفعل يدلّ على الحكم أيضا وكذلك إذا كتب الحاكم إلى حاكم آخر أنّي قد حكمت بكذا، فهذه الكتابة تدلّ على الحكم وكذلك لو سئل هل حكمت بكذا؟ فأشار برأسه أو غير ذلك ممّا يدلّ ويُفهم منه أنّه قد حكم به، وكذلك لو كتب الحكم بيده وقال: اشهدوا بمضمونه، فجميع ذلك يدلّ على صدور الحكم.

(1) **درر الحكّام**...ج4ص621-622.

وسبب ذلك أنّ صدور الحكم أمر نفسانيّ لا لسانيّ لأنّه تارة يخبر عنه بالقول وتارة بالفعل وتارة بالإشارة، فدلّ أنّ الحكم غير قوله وكتابته وإشارته وإنّما هذه الأمور دالّة على الحكم كسائر ما يقوم بالنّفس من الأحكام والأخبار وغيرها"[1].

ثانيا: مفهوم المنطوق في القانون الوضعيّ.

لا تنتهي مهمّة القاضي بسماع الخصوم في طلباتهم ودفوعهم ودفاعاتهم، بل يجب النّطق بما توصّل إليه من قرار يفصل في خصوماتهم في جلسة علنيّة، ثم يودع هذا الفصل في صحيفة الحكم الّتي تتضمّن قبل الحكم وإضافة له الوقائع الّتي ناقشتها الخصومة، والأسباب الّتي بني عليها الحكم[2].

ولهذا وجدت التّعاريف وإن اتّفقت في مضمونها فقد اختلفت في عباراتها في بيان معنى المنطوق.

فبعضها يرى أنّ المنطوق ينصرف إلى ما تمّ النّطق به في جلسة النّطق بالحكم، من ذلك تعريف أحمد هندي بأنّه "نصّ ما حكمت به المحكمة في الطّلبات الّتي عرضها الخصوم، وهو أهمّ أجزاء الحكم، وهو الّذي يجب أن يُتلى شفويّا في الجلسة، وبه تتحدّد حقوق الخصوم المحكوم بها"[3]، وتعريف أحمد ماهر زغلول بأنّه "القرار الّذي تمخّض عنه بحث المحكمة والصّادر في خصوص الطّلبات المطروحة عليها"[4]، ذلك أنّ المنطوق سمّي كذلك لأنّه يُنطق به في جلسة الحكم قبل أن يودع في صحيفة الحكم، ويتمّ تدوينه على هذا الأساس وهذا نظرا لأنّه يتضمّن فصل الحقوق بين الخصوم، وهو خلاصة دراسة طلباتهم وموضع قناعة القاضي في حلّ النّزاع.

بينما تركّز تعريفات أخرى في نظرتها للمنطوق على اعتبار كونه جزءا ممّا ورد في صحيفة الحكم، وهو آخر ما يدوّن فيها بعد ذكر الوقائع واستيفاء الأسباب، من ذلك تعريف عبد الحكم فوده بقوله: "هو الجزء الختامي من الحكم الّذي يتضمّن خلاصة رأي القاضي بشأن تطبيق القانون على وقائع النّزاع بالفصل في طلبات الخصوم الّتي ثار النّزاع بشأنها حال المرافعة"[5].

---

(1) الإحكام...ص30.

(2) راجع في البيانات الّتي تتضمّنها النسخة الأصليّة للحكم أحمد ماهر زغلول، **أعمال القاضي**...ص421-423.

(3) قانون المرافعات...ص475.

(4)نفسه، ص423.

(5) حجيّة الأمر المقضيّ وقوّته...ص36.

ذلك أنّ إيراد القاضي للحكم إنّما يتمّ بعد استعراض الوقائع والأسباب الّتي تُعدّ مقدّمات طبيعيّة للحكم الّذي يمثّل خلاصة اجتهاد القاضي في تطبيق النّصوص القانونيّة على وقائع النّزاع والفصل في طلبات الخصوم ودفوعهم خلال المرافعة.

وتُغرق تعريفات أخرى في الشّكليّة في تحديد المنطوق بحيث تحدّده بالعبارات الّتي يرد بعدها في صحيفة الحكم، من ذلك تعريف إدوار غالي الذهبي بقوله: "هو الجزء من الحكم الّذي يفصل في الطّلبات المطروحة على المحكمة ويُكتب في نهاية الحكم بعد عبارة: فلهذه الأسباب حكمت المحكمة، أو أيّة عبارة أخرى بهذا المعنى"[1]، ذلك أنّ منطوق الأحكام عادة ما يرد بعد عبارات استقرّ في عرف القضاة إيرادها عقب ذكر الأسباب وابتداء تحديد الأحكام.

ومثل هذا التّعريف والّذي سبقه جعل العرف القضائيّ سلطانا في تحديد مفاهيم الأشياء، بحيث لا يُطلق في ظلّ هذين التّعريفين مصطلح المنطوق إلاّ على ما كان في ختام صحيفة الحكم، بل يجب أن يرد بعد عبارة محدّدة على وجه الخصوص.

وهذا وإن كان يسهّل على الباحث في صحيفة الحكم عن منطوق الحكم، فهو يجافي من جهة أخرى منطق الاصطلاح الّذي يقتضي أن يرتبط المصطلح باللّفظ اللّغوي الّذي اختير في وضعه ما دام ذلك في الإمكان، ومنطق تعريف المصطلحات الّذي يقتضي أن يعرّف الشيء بجوهره وصفاته الأساسيّة لا بشكله وموضعه، إضافة إلى أنّ هذا التّعريف قد لا يستقيم ولا يصحّ في حالة ورود حكم فاصل في طلبات الخصوم متضمّنا خلاصة عقيدة القاضي بشأن تطبيق القانون على وقائع النّزاع أثناء إيراد الأسباب كما سيأتي ذكره.

وبيان ذلك:

1. إنّ ربط مفهوم المنطوق بكونه الجزء الختاميّ للحكم، أو ما يكتب بعد عبارة "فلهذه الأسباب حكمت المحكمة" مثلا يجافي منطق الاصطلاح، حيث أنّ لفظ المنطوق في اللّغة يدلّ أنّه نُطق به، فيكون اختيار هذا اللّفظ اللّغوي للتّعبير عن هذا المعنى كان المقصود به تمييزه عن الأسباب والوقائع، لأنّه هو وحده ما يوجب القانون على القاضي النّطق به في جلسة الحكم[2]، خاصّة وأنّ الحكم قبل النّطق به لا يعدو أن يكون مشروعا يمكن تعديله وتغييره[3]، بل إنّ البطلان يلحق كلّ حكم لم تتمّ تلاوته علانيّة[4].

(1) **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص259.

(2) تنصّ المادّة 273 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على أنّه "يقتصر النّطق بالحكم على تلاوة منطوقه في الجلسة..."

(3) انظر: أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص552.

(4) انظر: عبد الحكم فوده، **موسوعة الأحكام**، ص92؛ أحمد هندي، نفسه، ص475.

ولا يصحّ التمسّك بمسودّة الحكم قبل النّطق بها، كما أنّ زوال صفة القاضي قبل النّطق بالحكم تستوجب فتح باب المرافعة[1]، أمّا بعد النّطق فإنّ ما تمّ النّطق به في الجلسة وتلي في العلن هو الفيصل وهو الحكم، بحيث لا يجوز أن تكون صحيفة الحكم مغايرة في منطوقها المكتوب للمنطوق المتلو، بل "يجب أن يكون منطوق الحكم الوارد في نسخة الحكم الأصليّة مطابقا لما نطقت به المحكمة شفويّا، ويترتّب على اختلافهما البطلان، وذلك أنّ نسخة الحكم تعتبر الوجه المكتوب للحكم الّذي نطقت به المحكمة"[2].

2. إنّ ربط مفهوم المنطوق بكونه الجزء الختاميّ للحكم، أو بعد عبارة "فلهذه الأسباب حكمت المحكمة" مثلا يجافي منطق تعريف المصطلحات الّذي يقتضي أن يُعرّف الشّيء بجوهره وصفاته الأساسيّة لا بشكله وموضعه.

حيث أنّ المنطوق في حقيقته ما يتضمّن بيان عقيدة المحكمة وقناعتها حول الخصومة المثارة بتطبيق القانون على وقائع النّزاع والفصل في طلبات الخصوم، وبالمختصر هو موضع إيراد الأحكام القطعيّة الّتي توصّل إليها القاضي، وهو ما تصرّح به هذه التّعريفات وتؤكّده[3]، إلاّ أنّه قد يرد غير ذلك في الجزء الختاميّ للحكم، فلا يعدّ منطوقا بالمعنى الصّحيح ولو ورد عقب عبارة "فلهذه الأسباب حكمت المحكمة".

ومن ذلك ما يمكن أن يرد من تقريرات قانونيّة، كإيراد نصوص القانون أو شروح الفقه، أو اجتهادات محكمة النّقض في ختام صحيفة الحكم، وعند بيان الحكم في النّزاع[4]، وكذا ما يمكن أن يرد من بيانات وتقديرات عرضا، بحيث لم تكن محلّ بحث و لم تثر في الدّعوى، كأن يحكم القاضي بدفع فوائد الدّيون (وهو الأمر المتنازع فيه) ثمّ يرد في ختام الحكم ذكر مقدار الدّين على نحو عارض و لم يكن هذا الأخير محلّ بحث[5].

فإنّ هذه التّقريرات والبيانات والتّقديرات وإن كانت ترد في خاتمة الحكم إلاّ أنّها لّما لم تكن منصبّة على وقائع النّزاع و لم تفصل في طلبات الخصوم، و لم تثر أثناء المرافعة، فإنّها لا تعدّ في ميزان التّعريفات السّابقة الذّكر منطوقا بالمعنى الصّحيح.

---

(1) انظر: عبد الحكم فوده، **موسوعة الأحكام**...ص108.

(2) معوّض عبد التوّاب، **نظريّة الأحكام في القانون الجنائيّ**، دار الكتاب العربيّ، بيروت، لبنان، ط1، 1408هـ–1988م، ص97.

(3) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص36؛ أحمد السيّد صاوي، **الشّروط الموضوعيّة**...ص23؛ معوّض عبد التوّاب، نفسه، ص96.

(4) انظر: عبد الحكم فوده، نفسه، ص38.

(5) انظر: أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص532.

3. إنّ ربط مفهوم المنطوق بكونه الجزء الختاميّ للحكم يجافي احتمالا واقعيّا بأن يرد الحكم ضمن الأسباب بدل الجزء الختاميّ لصحيفة الحكم، فإنّه قد يرد حكم فاصل في طلبات الخصوم ممّا أثير أثناء المرافعة عند التّعرض لأسباب الحكم، ومثال ذلك أن تحتوي القضيّة على مشكلتين يحسمهما القاضي معا بحيث يورد حسم المشكلة الأولى في الأسباب على اعتبار كونها مقدّمة للفصل في المشكلة الثّانية، بينما يورد حسم المشكلة الثّانية في المنطوق، ومثال ذلك دعوى البنوّة لاستحقاق الميراث، فإنّ المحكمة قد تحسم البنوّة عند ذكر الأسباب كحيثيّة للحسم في حقّه في الميراث وتورده في خاتمة الحكم (المنطوق).

فعلى اعتبار مسألة البنوّة محلاّ للنّزاع، وتعدّ طلبا من المدّعي ناقشته المحكمة، وتوصّلت فيه إلى قناعة، فإنّه وإن كان واردا في الأسباب فهو حكم قد تعلنه المحكمة عند نطقها للحكم، كما أنّه متوفّر على جميع صفات المنطوق السّالفة الذّكر.

والخلاصة الّتي يمكن تسجيلها في النّهاية هو أنّ منطوق الحكم يتحدّد أساسا بصفته وهو كونه الحكم المعلن من طرف القاضي علنا بالنّطق به، كما يتحدّد بحقيقته وهو كونه حكما قطعيّا متضمّنا عقيدة القاضي بخصوص تطبيق القانون على واقع النّزاع بالفصل في طلب الخصوم ممّا تمّ تناوله بالبحث، كما يمكن الإشارة إلى أنّه يُدرج في خاتمة صحيفة الحكم على ما تتطلّبه القوانين والأعراف القضائيّة في صياغة نصوص الأحكام.

فيكون تعريف المنطوق على أنّه "نصّ ما تمّ النّطق به من المحكمة متضمّن عقيدة القاضي بشأن تطبيق القانون على وقائع النّزاع بالفصل في طلبات الخصوم الّتي ثار النّزاع بشأنها حال المرافعة، ويرد غالبا في ختام صحيفة الحكم"

ويبقى أن أشير إلى أنّ منطوق الحكم يتضمّن الفصل في شقّ شكليّ كالفصل في مسألة الاختصاص، أو في شقّ موضوعيّ يتعلّق بأصل النّزاع كالفصل في الدّعوى بإلزام المدّعى عليه بأداء الدّين المطلوب من المدّعي، كما يمكن أن ينصبّ على الطّلب الأصليّ دون الاحتياطيّ أو برفضه، أو رفض الطّلب الأصليّ والأخذ بالطّلب الاحتياطيّ[1].

ويمكن أن يفصل المنطوق في مسائل النّزاع بشكل صريح، ويمكن أن يفصل في بعضها بطريقة ضمنيّة بحيث تكون هذه المسألة سابقة ومقدّمة للمسألة المفصول فيها صراحة أو نتيجة لها حيث تترتّب عليها بالضرورة[2].

(1) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص36.

(2) انظر: عبد الحكم فوده، نفسه، ص70. سأعود إلى التّفصيل في هذه النّقطة عند الحديث عن حجيّة الحكم الضمنيّ (انظر ص 450-453 من هذا البحث).

كما يتضمّن المنطوق موقف المحكمة من طلبات الخصوم رغم أنّها لا تلتزم بأن تذكر في المنطوق ما رفضته من دفوع أو لم تجبه من طلبات، كما أنّ الحكم بالإدانة يفيد ضمنا أنّ المحكمة رفضت دفوع المتّهم[1].

الفرع الثّاني: أثر ورود الحكم في المنطوق على حيازته للحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

أوّلا: أثر ورود الحكم في المنطوق على حيازته للحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

إذا تقرّر أنّ المنطوق هو موضع فصل النّزاع وبيان عقيدة القاضي من الخصومة المطروحة أمامه فإنّه من الطبيعيّ أن يكون ما ورد في المنطوق حائزا للحجيّة، بل وأنّه الوحيد المستحقّ لحيازتها دون ما يذكر في صحيفة الحكم من وقائع ومستندات بني عليها.

إلاّ أنّه يشترط لكي يكون المنطوق مجالا لسريان الحجيّة أن يكون متضمّنا الفصل في موضوع النّزاع لا غير ذلك، فقد تبيّن ممّا سبق أنّ الفقه الإسلاميّ لا يعدّ جملة من قرارات القاضي أحكاما بالنّظر إلى انتفاء صلتها بنقطة النّزاع وطلبات الخصوم[2].

لأجل ذلك فإنّ المنطوق إذا تضمّن أصنافا من تلك القرارات غير الفاصلة في الموضوع فإنّه لا يحوز الحجيّة، إذ العبرة بمضمون المنطوق لا اسمه أو موضعه في صحيفة الحكم في ميزان حجيّة الأحكام.

ثانيا: أثر ورود الحكم في المنطوق على حيازته للحجيّة في القانون الوضعيّ.

الأصل أنّ حجيّة الحكم القضائيّ لا يحوزها إلاّ المنطوق الفاصل في موضوع النّزاع، بينما لا تحظى الوقائع والأسباب بأيّ حجيّة[3]، يقول أحمد السيّد صاوي :"الأصل أنّ الحجيّة لمنطوق الحكم وحده، إذ هو يشتمل أصلا على قرار القاضي الفاصل في النّزاع، وعلى هذا يجمع الفقه والقضاء"[4].

---

(1) انظر: معوّض عبد التوّاب، **نظريّة الأحكام**...ص96.

(2) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص80-82؛ الطّرابلسيّ، **معين الحكّام**..ص38-40.

(3) انظر: أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص475-476؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص64؛ إدوار غالي الذهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص259؛ نبيل اسماعيل عمر، **النّظام القانونيّ للحكم القضائيّ**، ص370؛ عبد الحميد الشّواربيّ، **حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة**...ص88.

(4) **الشّروط الموضوعيّة**...ص23 (انظر أيضا: فتحي والي، **الوسيط**..ص176؛ السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص862؛ أحمد ماهر زغلول، **أعمال القاضي**...ص423).

ولهذا فمتى اشتمل منطوق الحكم على براءة المتّهم أو إدانته لم تجز إعادة طرح نفس الموضوع أمام نفس المحكمة أو المحاكم الأخرى الّتي من نفس الدّرجة، فإن حدث فإنّه يحقّ دفعه بسبق الفصل فيه.

كما أنّه متى اشتمل منطوق الحكم على إثبات استحقاق المدّعي للدّين الثّابت على المدّعى عليه لم يكن لهذا الأخير أن يتملّص من هذا الحكم بإعادة طرح النّزاع أمام نفس المحكمة أو المحاكم الأخرى الّتي من نفس الدّرجة، فإن حدث فإنّه يحقّ دفعه بسبق الفصل فيه، كما أنّ القاضي المدنيّ لا يرتبط إلاّ بمنطوق الحكم الجنائيّ دون أسبابه متى بحث دعوى مدنيّة مؤسسة على حكم جنائيّ، إذ لا يحوز من الحكم الجنائيّ الحجيّة إلاّ المنطوق[1].

ويبدو الأمر إلى هذا الحدّ واضحا منسجما، إلاّ أنّ الحقيقة أنّ المنطوق كما سبقت الإشارة إليه يتضمّن فصلا في الشّكل والموضوع على السّواء وهذا بحكم قطعيّ وهو "الحكم الّذي يحسم النّزاع في موضوع الدّعوى أو في أحد أجزائه، أو في مسألة متفرّعة عنه سواء تعلّقت بالقانون أو بالوقائع"[2].

وهذا الحكم القطعيّ قد يكون واردا على موضوع الدّعوى (أصل الحقّ) أو على مسألة فرعيّة كما هو وارد في التّعريف، والمقصود بالمسألة الفرعيّة المسألة السّابقة على الفصل في الموضوع، ومن ذلك الحكم بعدم اختصاص المحكمة للنّظر في الدّعوى، أو عدم قبولها لانتفاء صفة المدّعي أو المدّعى عليه، أو لسبق الفصل فيها[3]، فإنّ جميع ذلك يعدّ أحكاما قطعيّة فاصلة في مسائلة فرعيّة لا في الموضوع.

فإذا كان المنطوق يتضمّن أحكاما قطعيّة فاصلة في النّزاع في جوانب شكليّة وأخرى موضوعيّة كما يشير إلى ذلك عبد الحكم فوده بقوله: "ومنطوق الحكم قد يتضمّن الفصل في شقّ شكليّ وآخر موضوعيّ، كالفصل في شكل الاستئناف بقبوله أو رفضه، أو الفصل في الموضوع بقبول دعوى المدّعي، كإلزام المدّعى عليه بأن يؤدّي للمدّعي الدّين المطلوب..."[4].

وكان قد استقرّ الأمر على ما سبق بيانه من أنّه لا يحوز الحجيّة إلاّ الحكم القضائيّ القطعيّ الفاصل في الموضوع دون الحكم القضائيّ الفاصل في الشّكل[5]، ذلك أنّ القطعيّة تثبت لكلّ حكم فاصل في النّزاع سواء في الموضوع أو في الشّكل، فيكون كلّ حكم فاصل في الموضوع بالضرورة قطعيّا، بينما ليس كلّ حكم

---

(1) انظر: إدوار غالي الذّهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص259.

(2) عبد الحميد الشواربي، **حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة**...ص39.

(3) انظر : أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**..ص511؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص215؛ أحمد هندي، **قانون المرافعات**... ص429؛ عبد الحميد الشّواربيّ، نفسه، ص41.

(4) نفسه، ص36.

(5) انظر ص 301-303 من هذا البحث.

قطعيّ فاصلا في الموضوع بالضّرورة، لأنّ الحجيّة "أثر قاصر على الأعمال ذات المضمون التّأكيديّ للحقوق والمراكز القانونيّة لا يمكن أن تنسب إلاّ إلى الأحكام الّتي يتوافر فيها هذا المضمون"[1].

ونتيجة لما تقدّم فإنّ التّسليم بحيازة المنطوق للحجيّة إطلاقا كما ورد في بعض المصادر السّابقة الذّكر لا يصحّ، إذ لا يحوز الحجيّة ممّا ورد في المنطوق إلاّ الأحكام القطعيّة الفاصلة في الموضوع تحديدا دون الفاصلة في الشّكل[2].

وهذا الخطأ في نظري عائد إلى الخلط بين مفهوم القطعيّة ومفهوم الفصل في الموضوع، وهما معنيان مختلفان كما سبق بيانه، وقد سبق أن أشرت أنّ كثيرا من المراجع تذكر القطعيّة كشرط من شروط الحجيّة، وهذا غير صحيح، بل الصّحيح هو اشتراط كون الحكم فاصلا في الموضوع، فإنّ القطعيّة أعمّ من الفصل في الموضوع[3].

كما يعود هذا الخطأ إلى اختلاط مفهوم الحجيّة مع مفهوم استنفاد الولاية، فإنّ الأحكام القطعيّة بمجرّد صدورها يمتنع على المحكمة المصدرة لها أن تعدل عنها سواء أكانت موضوعيّة أم إجرائيّة، ومنع إثارة المسألة الّتي سبق الفصل فيها قدر مشترك بين نظام "استنفاد المحكمة لولايتها" و"حجيّة الشّيء المقضيّ".

إلاّ أنّ أثر استنفاد المحكمة لولايتها يكون داخل الخصومة القضائيّة بحيث تمتنع المحكمة المصدرة للحكم من أن تعيد النّظر في الحكم أو تعدّله أو تضيف إليه، سواء أكان موضوعيّا أم إجرائيّا، بينما يكون أثر الحجيّة خارج الخصومة القانونيّة بأن يُعتبر في الأحكام المستقبلة حال رفع دعوى مستجدّة مؤسّسة على حكم حائز للحجيّة يتمسّك بها المدّعي، أو دفع برفض الدّعوى لسبق الفصل فيها، وهو دفع يتمسّك به المدّعى عليه.

إلاّ أنّ هذه الحجيّة لا تثبت إلاّ للأحكام القطعيّة الموضوعيّة دون الإجرائيّة، ولهذا لو نشأت خصومة جديدة سواء أكانت خصومة طعن أم خصومة مبتدأة أمام نفس المحكمة أو أمام غيرها، فيمكن إعادة الفصل فيما سبق الفصل فيه ما دام يتعلّق بأحكام قطعيّة شكليّة على خلاف الحكم القطعيّ الموضوعيّ فإنّه يحوز حجيّة الأمر المقضيّ، وبالتّالي لا يمكن إعادة الفصل فيما فصل فيه هذا الحكم من خلال خصومة مبتدأة[4].

ولهذا فإنّ المنطوق لا يحوز الحجيّة إلاّ إذا كان متمثّلا في حكم قطعيّ موضوعيّ.

---

(1) أحمد ماهر زغلول، **أعمال القضاة**...ص344.

(2) وقد تكرّر هذا الإطلاق في عبارة عبد الحميد الشواربي: " الأصل أنّ الحجيّة لمنطوق الحكم وحده، إذ هو يشتمل أصلا على قرار القاضي الفاصل في النّزاع" (**حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة**...ص88) كما تكرّر في عبارة أحمد السيّد صاوي: " الأصل أنّ الحجيّة لمنطوق الحكم وحده، إذ هو يشتمل أصلا على قرار القاضي الفاصل في النّزاع" (**الشّروط الموضوعيّة**...ص23).

(3) انظر ص 302 من هذا البحث.

(4) انظر: عبد الحكم فوده، **موسوعة الحكم القضائيّ**...ص2312.

أمّا إذا ورد في المنطوق حكم قضائيّ قطعيّ شكليّ فإنّه لا يحوز الحجيّة رغم وروده في منطوق الحكم.

وعلى هذا فتحمل عبارات المراجع السّابقة جميعا على أنّ المقصود بحيازة المنطوق للحجيّة هو حيازة ما ورد في المنطوق فاصلا في الموضوع للحجيّة[1].

وإضافة إلى ذلك فإنّ ما يمكن أن يرد في خاتمة الحكم (منطوقه) من إشارة إلى تقريرات قانونيّة كإيراد نصوص القانون أو شروح الفقهاء، أو قرارات المحكمة العليا لا تحوز الحجيّة[2].

وكذا ما يرد عرضا في منطوق الحكم من بيانات وتقديرات لم تكن محلّ بحث من المحكمة كأن يحكم بدفع فوائد الدّين ثمّ يرد في منطوق الحكم ذكر مقدار الدّين على نحو عارض، فمثل هذا التّقدير لا يحوز حجيّة الحكم القضائيّ ما دامت لم تكن محلّ بحث المحكمة ولا مناقشة الخصوم، و لم يتمّ تناولها في المرافعات والمذكّرات[3]،فإن وردت في المنطوق فهو مجرّد تزيّد فيه لا حجيّة له.

كما "يشترط أن يكون المنطوق فاصلا في مسألة واقع لا مسألة قانون..."[4].

ولا تنصبّ الحجيّة إلاّ على ما فصلت فيه الأحكام من الطّلبات الموضوعيّة، أمّا ما أغفلته المحكمة أو رفضته صراحة أو ضمنا من الطّلبات الاحتياطيّة فإنّه لا يمتنع أن يرفع به الخصوم دعوى جديدة، لأنّه لم ينل الحكم حجيّة فيما تعلّق بهذه الطّلبات[5].

---

(1) من تلك العبارات عبارة أحمد أبو الوفا: "إنّه بالنّطق بالحكم يخرج النّزاع من ولاية المحكمة الّتي أصدرته ويحوز حجيّة الشّيء المحكوم به" (**نظريّة الأحكام**...ص97) فهذه العبارة توهم بأنّ كلّ الأحكام تحوز الحجيّة، وهذا غير صحيح، لأنّه لا يحوز الحجيّة منها إلاّ ما كان فاصلا في الموضوع، ومن ذلك عبارة أحمد هندي: " منطوق الحكم هو الّذي يحوز الحجيّة وهو الّذي يطعن فيه المحكوم عليه" (**قانون المرافعات**...ص475-476) فهذه العبارة تخلط بين ما يعدّ صفة خاصّة للأحكام الموضوعيّة وهي حيازة الحجيّة، وبين القدر المشترك بين جميع الأحكام القطعيّة، وهو إمكان الطّعن فيها من المحكوم عليه.

(2) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ فيه**...ص38.

(3) انظر: أحمد هندي، نفسه، ص532؛ عبد الحكم فوده، نفسه، ص37-39؛ أحمد السيّد صاوي، **الشّروط الموضوعيّة**...ص24؛ عبد الحميد الشّواربي، **حجيّة الأحكام**...ص88. وقد قضت محكمة النّقض المصريّة بـ"إنّ ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعا لحكم يحوز قوّة الأمر المقضيّ..." (طعن رقم91، سنة 16ق، جلسة 1948/02/26، نقلا عن: سعيد أحمد شعله، قضاء النّقض المدنيّ...ص84).

تنصّ المادّة 26 من مشروع القانون المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على أنّه "لا يجوز للقاضي أن يؤسّس حكمه على وقائع لم تكن محلّ المناقشات والمرافعات"

(4) نبيل اسماعيل عمر، **النّظام القانونيّ للحكم القضائيّ**، ص370.

(5) انظر: عبد الحكم فوده، نفسه، ص40؛ أحمد السيّد صاوي، نفسه، ص24-26؛ عبد الحميد الشّواربي، نفسه، ص90.

كما أنّه يجب الإشارة إلى أنّه يلزم أن يكون الحكم الّذي تضمّنه المنطوق قد تُلي في جلســـة علنيّـــة، ويستوي في ذلك أن تكون المرافعات قد تّمت سريّة أم علنيّة، فإنّ النّطق بالحكم لا مناص عنه ســـواء أتّمـــت تلاوة المنطوق وحده أم تلاوة المنطوق مع أسبابه، وإلاّ كان مصير هذا الحكم هو البطلان[1]، ويترتّب عن ذلك حيازة المنطوق للحجيّة متى تّمت تلاوته في جلسة علنيّة وانتفاء الحجيّة عنه إذا لم يتمّ ذلك.

(1) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ فيه**...ص70-71.

المطلب الثّاني: حجيّة الأسباب والوقائع في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الأصل أنّ القاضي في صياغته للحكم يحتفظ بالفصل للجزء الختامي منه، وهو الّذي يطلق عليه "المنطوق" كما سبق بيانه، بينما ما يُقدّم به من ذكر وقائع النّزاع وأسباب الحكم يقتصر على سرد ما ثبت لديه من وقائع بعد مرافعات الخصوم وما استند عليه من نصوص قانونيّة وقواعد مكّنته من تكوين قناعته، واستند عليها في الخلوص إلى ما يجب الحكم به في النّزاع، وبالتّالي فإنّ الغالب الأعمّ أن يدع الفصل للمنطوق، وإلاّ كان أعجل النتيجة قبل مقدّماتها الطبيعيّة.

لأجل ذلك فإنّ الأصل أن لا تحوز الوقائع والأسباب حجيّة على اعتبار أنّها ليست موضع الفصل في النّزاع[1]، إذ أنّ القاضي قد يغفل عن تسجيل نتيجة المنطق الّذي رسمه في الأسباب، خاصّة إذا تعدّدت الطّلبات والدّفوع في القضيّة، واحتوت على إشكالات قانونيّة متعدّدة، فنضطرّ إلى العودة إلى الأسباب لمعرفة عقيدته في هذه النّقطة من النّزاع، وكذلك الأمر إذا كان المنطوق غير واف في تحديد ما تمّ الفصل فيه، و لم تنجدنا الأسباب في تحديده فنكون مضطرّين على العودة إلى الوقائع لمعرفة ذلك، وهذا جميعا ينطلق من ضرورة النّظر إلى الحكم ككلّ متكامل بوقائعه وأسبابه ومنطوقه.

وهو ما يدعوني إلى بحث حجيّة الأسباب والوقائع إذا ما لجأنا إليها لمعرفة مسائل مهمّة في النّزاع الّذي تمّ الفصل فيه بحكم على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: حجيّة الأسباب في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الثّاني: حجيّة الوقائع في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: حجيّة الأسباب في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

أوّلا: مفهوم الأسباب في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

1. مفهوم الأسباب في الشّريعة الإسلاميّة. يُقصد بالأسباب في فقه الشّريعة الإسلاميّة المستندات الّتي بنى عليها القاضي حكمه، وتشمل الأسس الشرعيّة والواقعيّة الّتي اعتمدها القاضي لإصدار حكمه[2]، وتظهر أهميّتها في فقه الشّريعة قاصرة على حالة دفع ما يمكن أن يلحق بالحكم القضائيّ من شبهة

(1) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص42 و62؛ إدوار غالي الذّهبيّ، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص259؛ أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص532؛ نبيل اسماعيل عمر، **النّظام القانونيّ للحكم القضائيّ**، ص370.

(2) انظر: حاشية الدّسوقي، ج4ص153؛ السّيوطي، **الأشباه والنّظائر**...ص495؛ الرّملي، **نهاية المحتاج**...ج8ص240؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3ص479؛ القارّي، **مجلّة الأحكام الشرعيّة**، ص605.

الخطأ أو التعسّف من طرف القاضي، ولذلك فإنّ الفقهاء يقصرون وجوب ذكر مستند الحكم على حـــالتين هما[1]:

– إذا كان القاضي من قضاة الضّرورة.

– إذا كان الحكم يتضمّن نقض حكم قضائيّ سابق.

والعلّة في ذلك أنّ في القضاة من شروط العلم والعدالة ما يجعلهم في منأى من الرّيبة في قصدهم العدل فيما حكموا به والصّواب في غالب ما قضوا به، فأُجريت أمورهم على الغالب الأعـــمّ، وبالتّـــالي لم يكـــن يوجب الفقهاء الأوائل عليهم ذكر مستند الحكم.

إلاّ أنّ المتأمّل في حال القضاة والنّاس في عصرنا يدرك أنّ ما كان استثناء قد غدا أصـــلا، حيـــث أنّ أغلب قضاة المسلمين اليوم لا يزيدون عن كونهم قضاة ضرورة لأنّهم غير مستجمعين لشروط القضاء، بل هم أدنى مرتبة من قضاة الضّرورة كما عناهم الفقهاء، ناهيك عن إدراكهم لمقتضيات العدالة وأوصافها إضافة إلى أنّ ذلك أنفى للرّيبة والظنّ في نفوس المتقاضين ولتمكين السّلطة المخوّلة من مراقبة أحكامهم.

2. مفهوم الأسباب في القانون الوضعيّ. يقصد بالأسباب الّتي يوردها القاضـــي في الحكـــم الاعتبارات والأسانيد القانونيّة والواقعيّة الّتي بنى عليها حكمه[2]، وذلك أنّ القاضي عنـــد إصـــداره الحكـــم القضائيّ يكون قد بحث الوقائع المعروضة عليه وقام بتكييف ما طرح أمامه منها، وحدّد النّصوص المنطبقـــة على الحالة المعروضة، وبيّن موقفه من دفاعات الخصوم ودفوعهم وسائر ما قدّموه من أدلّة ثمّ صـــاغ ذلـــك جميعا في صحيفة الحكم قبل التّصريح بموقفه النّهائيّ من النّزاع في المنطوق.

وتظهر أهميّة التّسبيب في أمور أهمّها[3]:

1. أنّ التّسبيب يعتبر ضمانا لحياد القاضي، وكونه لم يبن أحكامه على مجرّد الهوى والتّحكم، بل على نظـــر رصين ومنطقيّ مجرّد من كلّ الأهواء.
2. أنّه يحفظ حقّ الدّفاع من خلال التّحقّق من أنّ القاضي تعرّض بالنّظر لدفاع الخصوم.
3. أنّه يمنح الأحكام القضائيّة قدرا من الاحترام والقبول الدّاعيين إلى الثّقة بالقضاء.

---

(1) انظر شروط صحّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة (شرط أن يبيّن القاضي مستند حكمه) ص 222–223 من هذا البحث.

(2) انظر: أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص477؛ أحمد ماهر زغلول، **أعمال القاضي**...ص423؛ أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**... ص356.

(3) انظر: أحمد هندي، نفسه، ص477-478.

4. أنّه يمنح فرصة الطّعن في الحكم من خلال الطّعن في الأسباب الّتي بنى عليها القاضي حكمه، ويسهّل على محكمة الطّعن مراقبة الحكم المطعون.

ثانيا: حيازة الأسباب للحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

1. حيازة الأسباب للحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة. لم تتعرّض كتب الفقه المتقدّمة لمسألة حجيّة الأسباب، أو بتعبير آخر اعتبار المستند الّذي بنى عليه القاضي حكمه هو ذاته حكما معتبرا لا يجوز نقضه ولا العدول عنه، إلاّ أنّ المتتبّع لما سبق بيانه من منهج الفقه الشّرعيّ المتمثّل في عدّ ما لا يعتبر فصلا في النّزاع المطروح أحكاما مؤهّلة للحجيّة يقطع بأنّ العبرة في حيازة الأسباب للحجيّة أو عدمه هو مدى تضمّنها لفصل في النّزاع المعروض للقضاء.

وبالتّالي فإنّ فقه الشّريعة يقرّ بإمكانيّة حيازة الأسباب للحجيّة متى كانت هذه الأسباب تعبّر عن موقف قضائيّ تجاه النّزاع المعروض أمام القضاء، وكان هذا الموقف يسير في ذات اتّجاه منطوق الحكم أو القرار النّهائيّ بشرط أن يتعلّق هذا الموقف على فصل في نزاع موضوعيّ يترتّب عليه الفصل في أصل النّزاع.

2. حيازة الأسباب للحجيّة في القانون الوضعيّ. يتردّد القول بأنّ للأسباب حجيّة ما تنالها بقدر ارتباطها بالمنطوق[1]، يقول أحمد السيّد صاوي:"تذهب غالبية الفقه والقضاء إلى أنّ الأسباب يمكن أن تحوز حجيّة الشّيء المحكوم فيه شأنها في ذلك شأن المنطوق"[2]، ومع هذا فإنّ هناك اتّجاها ينكر إمكانيّة حيازة الأسباب للحجيّة أساسا، وهو ما يدعوني إلى استعراض الاتّجاهين قصد توضيح المشكلة والخلوص إلى نتيجة في هذه النّقطة.

الاتّجاه الأوّل: حيازة الأسباب للحجيّة. يمثّل هذا الاتّجاه غالب الفقه القانونيّ والقضاء[3] إلى حدّ ادّعاء الإجماع حوله[4]، وعلّة ذلك أنّ القاضي في صياغته للأحكام لا يستطيع أن يستحضر جميع ما فصل فيه من مسائل النّزاع الموضوعيّة أو الشّكليّة ما تعلّق منها من بتّ في الدّفوع، ومناقشة للطّلبات والمشاكل القانونيّة

---

(1) انظر: أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص533-534؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص43-44؛ إدوار غالي الذهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص260.

(2) **الشّروط الموضوعيّة**...ص37-38.

(3) انظر: أحمد السيّد صاوي، نفسه، ص37؛ أحمد هندي، نفسه. وقد قضت محكمة النّقض المصريّة بأنّ "المقرّر في قضاء هذه المحكمة أنّ حجيّة الشّيء المحكوم فيه لا تلحق إلاّ بمنطوق الحكم وما ارتبط به من أسباب لازمة لحمله" (طعن رقم 12، سنة51، جلسة 1985/01/03، س36ص73. نقلا عن: سعيد أحمد شعله، **قضاء النّقض المدنيّ**...ص92)

(4) انظر: عبد الحكم فوده، نفسه.

المرتبطة بالنّزاع على الرّغم من أنّه يكون قد تعرّض في تسبيبه للحكم إلى كلّ هذه المسائل والفروع وأبدى قناعته تجاهها.

وهناك نموذج لهذا المشكل العمليّ وهذا عند احتواء القضيّة المطروحة لمشكلتين في آن واحد بحيث يكون حلّ المشكلة الثّانية نتيجة لحلّ الأولى، فيقوم القاضي بحلّ المشكلة الأولى عند التّعرّض للأسباب بينما لا يتعرّض في المنطوق إلاّ لحلّ المشكلة الثّانية. "إذ أنّ الحكم يحتوي في الحقيقة حكمين أحدهما في المنطوق والآخر في الأسباب"[1].

ولا يدّعي هذا الاتّجاه الحجيّة لجميع الأسباب، ولا في كلّ الحالات، بل إنّ حجيّة السّبب أساسها هو ما يلعبه من دور في توضيح المنطوق وتكميله، وارتباطه به، وقد وجدت أراء ثلاثة في تحديد الأسباب الحائزة للحجيّة، أوردها مختصرة كما يلي[2]:

الرأي الأوّل: حيازة الأسباب الموضوعيّة للحجيّة دون الأسباب الشّخصيّة. عرّف السبب الموضوعيّ بأنّه السّبب الّذي يعتبر روح وعصب الحكم ويرتبط بالمنطوق ارتباطا وثيقا، بينما السّبب الشّخصيّ هو رأي القاضي في مسألة قانونيّة أو مسألة تتعلّق بالواقع، ولا تتضمّن حكما.

الرأي الثّاني: حيازة الأسباب المرتبطة بالمنطوق ارتباطا وثيقا للحجيّة دون غيرها. وهي الّتي تحدّد معنى المنطوق أو تكمّله، بحيث لا يقوم المنطوق بدونها، وإذا عزل عنها صار مبهما أو ناقصا[3].

الرأي الثّالث: حيازة الأسباب الحاسمة والمعتبرة دعامة ضروريّة للمنطوق للحجيّة دون غيرها. فتحوز الأسباب الحاسمة للحجيّة، وهي المتضمّنة فصلا في بعض المسائل، كما تحوز الأسباب المعتبرة دعامة ضروريّة للمنطوق الحجيّة، وهي الأسباب الّتي تتكامل مع المنطوق في الدّلالة على الحكم.

ولا يخفى أنّ الأخذ بأحد هذه الآراء يقتضي ابتداء الدّخول في متاهة تقسيم الأسباب وفق معايير ليست محلّ اتّفاق من الجميع، وليست منضبطة تماما، ممّا سينشأ عنه اختلاف عمليّ وتناقض في اعتبار الأسباب حائزة للحجيّة أم لا، كما أنّ تطبيق هذه المعايير قد يعفي هذه الأسباب من شروط واجبة أن تتوفّر فيها اتّفاقا، وهي الشّروط الّتي تلزم في المنطوق أساسا ليحوز الحجيّة[4].

---

(1) انظر: أحمد السيّد صاوي، **الشّروط الموضوعيّة**...ص32؛ أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص358.

(2) انظر: أحمد السيّد صاوي، نفسه، ص38-46؛ أحمد ماهر زغلول، **أعمال القاضي**...ص434-440.
NATALIE FRICERO, *op. cit.*, p.916.

(3) انظر: السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص671.

(4) سبق ذكرها ص 428 من هذا البحث.

وقد انتهى أحمد السيّد صاوي إلى نتيجة مفادها: "ولقد حلّلنا هذه الآراء وبيّنّا أنّها لم تصل إلى حـــلّ للمشكلة بل زادها غموضا وتعقيدا، ويرجع ذلك في رأينا إلى محاولة الفقه والقضاء إخضاع المشكلة للمعايير العامّة المجرّدة الّتي يصعب في العمل تطبيقها"[1]، ثمّ عاد فاقترح حلاّ مفاده "لذلك نرى أنّ حلّ المسألة يحتاج إلى بساطة في فهم أساس المشكلة وتخليصها من الضّوابط النّظريّة الّتي تتّسع أحيانا وتضيق أحيانا أخرى ويسيطر عليها طابع العموميّة والتّجريد، فالمشرع يشترط في حجيّة الشيء المحكوم فيه أن يوجد حكم قضائيّ يفصـــل في الخصومة كلّها أو في جزء منها، وهذا الحكم لم يشترط المشرّع فيه أن يرد في شكل معيّن أو أن يتواجد في هذا الجزء أو ذاك، وعليه قد يوجد الحكم في المنطوق وقد يوجد في الأسباب، فإذا وجد في الأسباب حكـــم فاصل في جزء من النّزاع فإنّ هذا الحكم يحوز الحجيّة شأنه في ذلك شأن المنطوق وبالتّالي تحوز الأسباب الّتي تتضمّن هذا الحكم حجيّة الشيء المحكوم فيه"[2].

ورغم أنّ عباراته كانت حذرة في عدم إيراده مسمّيات للأسباب، إلاّ أنّ الحلّ الّذي اقترحـــه يظـــلّ كسابقيه فضفاضا، لا يتوافر على ضوابط دقيقة لتحديد السّبب الّذي يمكن أن يحوز الحجيّة، فهو من جهة لم يحدّد لنا أيّ نزاع هذا الّذي يكون السّبب قد فصل فيه ليحوز الحجيّة، هل هـــو نـــزاع في الشّـــكل أم في الموضوع؟ وقد سبق أن بيّنت عند التّعرّض للمنطوق أنّه لا يحوز الحجيّة منه إلاّ ما كان فاصلا في الموضـــوع، ثمّ هو لا يجيب عن حالة تناقض الحكم الفاصل في جزء من النّزاع المذكور في السّبب مع مثيله الفاصـــل في نفس الجزء من النّزاع المذكور في المنطوق، فهل يحوز كلاهما الحجيّة مع تناقضهما؟ وأيّهما يطعن فيه لتناقضه مع الآخر؟ هل الحكم الوارد في المنطوق لتناقضه مع الأسباب؟ أم الحكم الوارد في الأسباب لتناقضـــه مـــع المنطوق؟

كما أنّه أخرج الأسباب الّتي لا تحتوي على حكم فاصل في النّزاع إلاّ أنّها تعين في فهم الحكم الوارد في المنطوق، أو تبيّن ما ورد فيه من خطأ، فهي لا تحوز في نظره حجيّة رغم أنّها تكمّل المنطوق في الدّلالـــة على الحكم، ويبقى أن نحدّد ما هي الحالة الّتي يحوز فيها السّبب الحجيّة على اعتبار أنّ ذلك اســـتثناء مـــن القاعدة؟ وما هو شرط هذا الاستثناء؟

ما يجب التّسليم به ابتداء هو أنّه لّما كان الجزء الختامي للحكم (ما يسمّى منطوقا) هو الجزء المخصّص لبيان عقيدة المحكمة فيما يتّصل بالنّزاع، فإنّه إن كان هذا المنطوق جامعا لكلّ مسائل النّزاع، مبيّنـــا لحكـــم المحكمة فيها، بحيث أنّ قراءة الأسباب لا توضّح غامضا فيه، ولا تفسّر مجملا، ولا تعيّن مجهولا. فإنّه ينبغـــي

(1) الشّروط الموضوعيّة...ص47.

(2) نفسه، ص47.

القطع بأنّ مثل هذه الأسباب لا تكتسي حجيّة في مواجهة المنطوق. إذ القاعدة أنّ الحجيّة قاصرة على المنطوق، وهو الجزء الّذي تخصّصه المحكمة أساسا لإبراز عقيدتها في مسائل النّزاع.

فتبيّن ممّا تقدّم أنّ حيازة السّبب للحجيّة قاصرة على حالة ما إذا كان السّبب يفيد في بيان المنطوق وتوضيحه بشكل ما، وهي ما يعبّر عنها بالأسباب المرتبطة بالمنطوق، أو الّتي لا يقوم المنطوق بدونها[1].

يقول إدوار غالي الذّهبي :"هناك حالات لا بدّ فيها من الرّجوع إلى أسباب الحكم الجنائيّ لمعرفة مدى تأثيره على القضاء المدنيّ، كحالة الحكم بالبراءة، إذ يجب الرجوع إلى أسباب البراءة، فإن كان سببها عدم وقوع الفعل أو عدم كفاية الأدلّة التزم القاضي المدنيّ بهذه الأسباب"[2].

أمّا شرط حيازة السّبب للحجيّة فهو أن لا يناقض المنطوق، وأن يخضع لما خضع له المنطوق من قيد، فأمّا عدم مناقضته للمنطوق، فلأنّه إنّما جاء تكملة، فلا يجوز أن يعود الفرع على الأصل بالإبطال، ولهذا فلو ناقض السّبب المنطوق لم يحز حجيّة، إذ الأصل كما سبق ذكره أنّ الحجيّة إنّما تثبت للمنطوق ويمكن الطّعن في هذه الحال في الحكم على أساس تخاذل الأسباب[3].

وأمّا خضوع السّبب لما خضع له المنطوق من قيد، فلأنّ السّبب حلّ محلّ المنطوق في فصل النّزاع فاقتضى ذلك أن يتقيّد بقيوده[4]، ولهذا فلا تحوز الأسباب حجيّة ولو كانت مرتبطة ارتباطا وثيقا بالمنطوق إذا كان يتضمّن الفصل في مسائل شكليّة، إذ مثل هذا السّبب يتضمّن حكما قطعيّا تستنفد به المحكمة ولايتها، ولكن لا يحوز حجيّة لأنّه لم يفصل في موضوع النّزاع، كما أنّ السّبب إذا اقتصر على سرد نصوص القانون أو شروح الفقهاء أو قرارات المحكمة العليا ممّا لا يعدّ فصلا في الموضوع فلا يحوز الحجيّة، وكذلك الحال لو تضمّن السّبب بيانات وتقديرات لم تكن محلّ بحث من المحكمة[5].

---

(1) يقول عبد الحكم فوده: "أمّا الأسباب الّتي تعتبر من قبيل السّرد الإيضاحيّ غير المرتبط بالمنطوق، بحيث يمكن أن يقوم المنطوق بدونها فلا حجيّة لها، لأنّ تركها لا يعيب المنطوق" (**حجيّة الأمر المقضيّ**...ص44).

(2) **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص262.

(3) ولهذا فلو دلّت الأسباب على قناعة القاضي بالبراءة إلاّ أنّه حكم بالإدانة في المنطوق، فإنّه يعتبر مدان بحسب المنطوق (انظر: عبد الحكم فوده، نفسه، ص65) يقول الأستاذ أحمد أبو الوفا: "...إذا خالفت أسباب الحكم منطوقه، وجب اعتبار المنطوق دائما وصرف النّظر عمّا ورد في الأسباب" (**نظريّة الأحكام**...ص357).

(4) انظر: أحمد السيّد صاوي، **الشّروط الموضوعيّة**...ص48؛ عبد الحميد الشّواربيّ، **حجيّة الأحكام**... ص94.

(5) انظر: السّنهوري، **الوسيط**...ج2ص673.

الاتّجاه الثّاني: عدم حيازة الأسباب للحجيّة. يمثّل هذا الاتّجاه بعض الفقهاء[1] الّذين يرون أنّ الحجيّة قاصرة على المنطوق، ولا يمكن إضفاؤها على الأسباب بحال حتّى ولو تضمّنت فصل في مسألة من مسائل النّزاع، لأنّ الحكم القضائيّ موضعه المنطوق، أو أنّه يجب اعتبار ما ورد في سياق ذكر الأسباب من أحكام فاصلة في الموضوع منطوقا حتّى يمكن أن يحوز الحجيّة، لأنّ العبرة بحقيقة الأشياء لا بموضع ورودها، بل إنّ الحكم الوارد في الأسباب عندهم يحوز حجيّة الحكم القضائيّ باعتباره حكما، ولكن لا حجيّة للأسباب الّتي تحتوي هذا الحكم، لأنّ الأسباب لا حجيّة لها؟[2].

وواضح أنّ هذا الاتّجاه بهذا الشّكل إمّا أنكر حيازة السّبب للحجيّة بإطلاق على اعتبار أنّ موضع إيراد الأحكام هو المنطوق، أو غيّر تسمية ما يرد فيه الفصل في الموضوع من اسم "سبب" إلى اسم "منطوق" حتّى يبقى وفيّا لمبدئه المتمثّل في أنّ الأسباب لا يمكن أن تتمتّع بحجيّة.

ترجيح حيازة الأسباب للحجيّة. رغم أنّ الاتّجاه الأوّل لا يسلم من النّقد فيما يتعلّق بشرط السّبب الّذي يمكن أن يحوز الحجيّة ونوعه، إلاّ أنّ ما يطرحه من منطق معقول وواقع عمليّ على اعتبار أنّ وظيفة القاضي هي الفصل في الخصومة، وأنّ المفروض أن يتضمّن الجزء الختامي من الحكم المسمّى منطوقا هذا الفصل، وأنّه في حالة عدم قيام المنطوق بهذا الدّور المناط به فإنّ السّبب يمكن أن يلعب دوره ما دام الجميع يكوّن جسما متكاملا من مقدّمات ونتائج إذا ما توفّر السّبب على ما يجب أن يتوفّر عليه المنطوق من شروط وصفات.

وعلى العكس من ذلك فإنّ الاتّجاه الثّاني بإنكاره لإمكانيّة حيازة السّبب للحجيّة يتنكّر لواقع عمليّ يتمثّل في احتمال إيراد القاضي للحكم في مسألة من مسائل النّزاع عند التّعرّض للأسباب بدل المنطوق، فما يضير الحكم الموضوعيّ موضع وروده إذا كان فاصلا في النّزاع معبّرا عن عقيدة المحكمة فيما بحثته من طلبات الخصوم ودفوعهم، خاصّة إذا كانت القضيّة المعروضة تتضمّن مشكلتين، يكون حلّ الأولى منهما مقدّمة لحلّ المشكلة الثّانية، فيورد القاضي حلّ المشكلة الأولى عند تعرّضه للأسباب ويترك حلّ الثّانية للمنطوق، كما يعاب عليه أنّه تمسّك بالشكل وأهدر جوهر القضيّة ممّا دفعه تحت وطأة المنطق أن يغيّر من الأسماء لتتوافق مع المسمّيات.

وخلاصة الأمر: إنّ تقسيم صحيفة الحكم إلى وقائع وأسباب ومنطوق مسألة عمليّة، وواقع معتبر، كما أنّ الأصل أن يكون الحكم موضعه خاتمتها، إلاّ أنّ ورود الحكم في الأسباب وإن كان استثناء إلاّ أنّه

(1) من هؤلاء "لارومبيار" "Larombière" و" ديمترسكو" "dumitresco"، وقد أورد أحمد السيّد صاوي أراءهم وتولّى نقدها في رسالته "**الشّروط الموضوعيّة**..."، ص33–37.

(2) انظر: أحمد السيّد صاوي، نفسه، ص36.

مقبول مقيّد بما يقيّد به المنطوق لحيازة الحجيّة، خاصّة وأنّه سبقت الإشارة إلى أنّ المنطوق ذاته لا يحوز حجيّة حتّى على ما يجب من قيد، والعبرة بما يتضمّنه الحكم من حماية قضائيّة يضفيها على الحقوق لكي تحوز الحجيّة.

إلاّ أنّ ذلك لا يجب أن يكون مدعاة لأن نقول أنّ الحكم يمكن أن يرد في المنطوق أو في الأسباب سيّان[1]، إذ الأصل أن يرد في خاتمة صحيفة الحكم المسمّاة منطوقا، وأن يُنطق به في جلسة علنيّة، إذ الحجيّة لما تلي فيها كما سبق ذكره، كما أنّ المحافظة على ما جرى به عرف القضاء فيما يتعلّق بصحيفة الحكم مطلوب، ولا مصلحة في هدمه، بل إنّ تناقض السّبب مع المنطوق سبب لإهدار السّبب، إذ لا حجيّة أصلا إلاّ للمنطوق.

الفرع الثّاني: حجيّة الوقائع في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المقصود بالوقائع نقاط النّزاع الّتي يثيرها الخصوم، سواء أوردت في صحيفة الدّعوى أم في مذكرات الخصوم أم في محاضر الجلسات في صور دفوع أو دفاعات، وهذا قدر متّفق بين الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ، وتتضمّن هذه الوقائع ادّعاءات الخصوم ومستنداتهم بشأنها وطلباتهم ودفوعهم وما يرد من ردود عليها، ورأي النّيابة إن كانت قد تدخّلت في القضيّة[2].

وتتمثّل وظيفة القضاء أساسا في دراسة ما يُطرح من وقائع قصد تكييفها وبيان حكمها، ويتناول الحكم القضائيّ في صحيفته الوقائع كمقدّمات يتمّ تمحيصها للوصول إلى ما يتعلّق بها من أدلّة ونصوص ثمّ بلوغ ما يجب أن يصدر بشأنها من حكم، ولهذا فإنّه من الضّروريّ بيان مدى حجيّة هذه الوقائع.

أوّلا: حيازة الوقائع للحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة. الأصل أنّه لا يعدّ حكما قضائيّا حائزا للحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة إلاّ ما كان فاصلا في النّزاع ببيان حكم الشّريعة فيها، ولمّا كانت الوقائع تتضمّن المحلّ الّذي ينطبق عليه الحكم فهي لا تحوز حجيّة بذاتها لكونها غير الحكم.

إلاّ أنّه لمّا كان فهم المقصود من الحكم قد يتوقّف على ما تضمنته الوقائع فإنّها تحوز حجيّة بما تحقّقه من تبعيّة للحكم، وبقدر ثبوت كونها محلاّ للحكم الصّادر.

---

(1) انظر: أحمد السّيد صاوي، **الشّروط الموضوعيّة**...ص47.

(2) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص62؛ أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص535؛ أحمد ماهر زغلول، **أعمال القاضي**...ص423.

ثانيا: حيازة الوقائع للحجيّة في القانون الوضعيّ. الأصل أنّه لا تلحق الوقائع حجيّـــة، بحيـــث لا يمكن التّمسّك بها في دعوى أخرى، ولا الدّفع بسبق الفصل فيما ورد منها في حكم سابق، لأنّ عمل القاضي فيها هو مجرّد نقل طلبات الخصوم ومستنداتهم ودفوعهم كما وردت دون تعليق عليها.

وبالتّالي فهي لا تعبّر عن عقيدة القاضي ورأيه في النّزاع فلا تحوز الحجيّة[1]، إلاّ أنّه قد يعجز المنطـــوق عن الوفاء ببيان حدود المحكوم به، كما تعجز أو تغفل الأسباب عن بيانه، وتكون الوقـــائع متضـــمّنة هـــذا التّحديد، فيتعيّن حينئذ العود إلى الوقائع لفهم المنطوق في هذا الأمر وجبر هذا النّقص[2].

وفي مثل هذه الحالة فإنّنا نكون مضطرّين إلى الرّجوع لصحيفة الدّعوى، وكذا مـــذكّرات الخصـــوم ومحاضر الجلسات لاستكمال المنطوق، وبالتّالي فإنّ الوقائع في مثل هذه الحالة ترتقي إلى مصـــافّ المنطـــوق، وتحوز حجيّة الحكم القضائيّ[3].

ومثاله أن تقضي المحكمة بإدانة المتّهم بجريمة اختلاس وتحكم بإلزامه بردّ المختلس، إلاّ أنّها لا تبيّن قيمة المال الواجب الرّد، إلاّ أنّه بالعودة إلى الوقائع في اتّهامات النّيابة العامّة وطلباتها نجد ذكرا لقيمة المال المختلس، فإنّ هذا التّحديد الوارد في الوقائع ينال الحجيّة.

والخلاصة التي يمكن تسجيلها في نهاية الحديث عن حجيّة المنطوق وما يرتبط به من أسباب أو وقـــائع: أنّه لا يخفى كما سبق بيانه أنّ الحجيّة إنّما تثبت للحكم القضائيّ الفاصل في موضوع النّزاع دون الفاصـــل في الشّكل، لأنّه هو الّذي تتجسّد فيه عقيدة القاضي تجاه الحقوق والمراكز الموضـــوعيّة موضـــوع الـــدّعوى أو الطّلب القضائيّ في الدّعوى المدنيّة.

كما تتجسّد فيه قناعة القاضي بثبوت التّهمة أو عدمه في الدّعوى الجنائيّة من خلال إدانته أو تبرئتـــه، لأنّ الحجيّة أثر قاصر على الأعمال ذات المضمون التّأكيديّ للحقوق والمراكز القانونيّة.

فإذا كانت العبرة بمضمون الحكم وارتباطه بمضمون النّزاع مباشرة فإنّه يبدو الحـــديث عـــن حجيّـــة المنطوق وما يرتبط به من أسباب أو وقائع لا قيمة له، بحيث أنّ العبرة بمضمونه لا بموضع تواجده في صحيفة الحكم، فكما يمكن أن يوجد في المنطوق يمكن أن يوجد في الأسباب أو الوقائع، خاصّة مع اعتبـــار الحكـــم بأجزائه الثلاثة وحدة متكاملة ومترابطة في تفكير القاضي وفي صياغة الحكم.

---

(1) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص62 و66؛ أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص535.

(2) انظر: أحمد السّيد صاوي، **الشّروط الموضوعيّة**...ص50.

(3) انظر: عبد الحكم فوده، نفسه، ص63؛ أحمد السّيد صاوي، نفسه.

إلاّ أنّ الوضع اللّغويّ والواقعيّ لمصطلحات أجزاء الحكم (الوقائع، الأسباب، المنطوق) لعبت دورا بارزا في تحديد وظيفة كلّ جزء منه، وتحديد ماهيته، بحيث يتردّد في الفقه قاعدة مفادها أنّ الأصل أنّ الحجيّة للمنطوق دون الأسباب والوقائع لأنّه الموضع الطبيعيّ لإيراد الحكم كما يدلّ عليه موضعه فيه (الجزء الختاميّ في صحيفة الحكم) ولأنّه ما تلتزم المحكمة بالنّطق به للفصل في الموضوع، وخلافا لمصطلحي "الوقائع، الأسباب) الّتي تتنافى في وضعها اللّغوي والواقعي مع احتوائها للأحكام الفاصلة في النّزاع، حيث أنّها موضع ورود مقدّمات هذا الحكم وأسبابه.

إلاّ أنّ هذا الوضع اللّغوي والواقعيّ الّذي لم يقرّر بقانون ضابط تصادم مع جملة من الأمور أهمّها إثنان:

1. التّرابط القائم بين أجزاء الحكم الثّلاثة (الوقائع، الأسباب، المنطوق) وخاصّة بين عنصري الأسباب والمنطوق، بحيث أنّ الأسباب كثيرا ما تضمّنت فصلا في النّزاع بأحكام موضوعيّة عند صياغة المحاكم لها خاصّة إذا كانت القضيّة المثارة تتضمّن مشكلتين يعتبر حلّ الأولى منهما مقدّمة لحلّ الثّانية، فيقوم القاضي بإدراج حلّ المشكلة الأولى ضمن الأسباب لكي تكون مقدّمة لحلّ المسألة الثّانية ضمن المنطوق.

كما أنّ صياغة الحكم في المنطوق قد يخلو من بعض التّحديدات الواردة في الوقائع بحيث يصبح الالتفات إلى هذه الأخيرة لا مناص عنه حتّى يتبيّن المحكوم به، فنتج عن هذا التّرابط مقولة مفادها إمكانيّة حيازة الأسباب والوقائع الحجيّة إضافة إلى المنطوق.

2. عدم اقتصار المنطوق على الأحكام الموضوعيّة وحدها، بل يضمّ إضافة إليها أحكاما في الشّكل كالحكم بالاختصاص أو عدمه، وتقديرات وبيانات لم تبحثها المحكمة، وكذا تقريرات قانونيّة غير منصبّة على وقائع النّزاع، وهو ما أفقد قاعدة "حيازة المنطوق للحجيّة" مصداقيتها، إذ أضحى المنطوق الحائز للحجيّة مقيّدا بقيود ومحترزات كما سبق بيانه، ومنطوق هذا حاله لا يمنع من أن تضاهيه أسباب أو حتّى وقائع متى استجمعت هذه القيود والمحترزات، فالعبرة بالمسمّى لا بالتّسميات.

وهو ما فتح الباب على مصراعيه أمام الفقه للبحث عن الأسباب الّتي تحوز الحجيّة، والوقائع الّتي تحوز الحجيّة، وأصبحت قاعدة "اقتصار الحجيّة على المنطوق" كلام للاستهلاك فقط، تنتهبه الاستثناءات الّتي ضاهت الأصل بحثا وتفصيلا وتدليلا، وعمل كلّ من الفقه والقضاء على إذكائها.

والحقيقة أنّ الخروج من هذه المتاهة موكول إلى التّشريع، وذلك بالنّص على أنّ الجزء الختاميّ للحكم المسمّى منطوقا هو ما يجب أن تودع فيها كلّ الأحكام الفاصلة في الموضوع، وأنّه هو وحده الّذي يحوز الحجيّة، لأنّ ذلك سيدفع القضاء دفعا إلى أن يحرص على أن يكون منطوقهم جامعا مانعا بخصوص الأحكام الّتي تمثّل عقيدتهم في النّزاع بكلّ تفاصيله، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإنّ ذلك سيعرّي الأسباب والوقائع من أيّ حجيّة، ولو تضمّنت قضاء فاصلا في النّزاع متعلّقا بموضوعه.

فبهذا الضّابط الشّكليّ كأساس للاعتراف بوجود حكم قضائيّ قابل لأن يحوز حجيّة يتناغم فيها مسمّى المنطوق مع اسمه، وكذا يتوافق مسمّى الأسباب والوقائع مع اسمها.

ولا يعود للمعيار الموضوعيّ مفعول في تحديد الحكم الحائز للحجيّة من غيره، لأنّ القانون يشترط وروده ابتداء في المنطوق، ولا يعترف بوجوده في الأسباب أو الوقائع.

وهو ما فعله المشرّع الفرنسي فعلا حينما نصّ في مجموعة المرافعات الجديدة في المادّة 2/455 على أنّه "تلتزم المحاكم بأن تصدر القرارات الّتي تتضمنها أحكامها في شكل المنطوق"

(Le jugement enonce la décision sous forme de dispositif)

ووضّحت المادّة 1/480 النّتائج المترتّبة عن هذا الالتزام "تقتصر الحجيّة على ما ورد في منطوق الحكم دون أسبابه"

(Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche.)

وغاية ما يتطلّبه هذا المنحى هو تحديد المنطوق بشكل دقيق، سواء تعريفه أو شكله أو موضعه في صحيفة الحكم وكذا في النّطق به.

فمن حيث تعريفه فهو الجزء الّذي تعلن فيه المحكمة موقفها من طلبات الخصوم الموضوعيّة، ومن حيث شكله فهو الّذي يبدأ بعبارة "لهذه الأسباب" (par ces motifs) أو ما في معناها، ومن حيث موضعه في صحيفة الحكم فهو الجزء الختاميّ منها، ومن حيث النّطق به فهو الجزء الواجب النّطق به في الجلسة العلنيّة.

وفي حالة عدم ورود هذا الضّابط في التّشريع فإنّ الأخذ بأحد الآراء المتعلّقة بتحديد ضابط الأسباب الّتي تحوز الحجيّة أمر لا غنى عنه مثلما فعلته محكمة النّقض المصريّة.

خلاصة مقارنة

ختاما للمبحث الموسوم بـ"مجال سريان مبدأ حجيّة الحكم القضائيّ من حيث أجزاء الحكم في الشريعة الإسلاميّ والقانون الوضعي" يتبيّن اتّفاقهما في جملة من النّقاط واختلافهما في أخرى ويمكن بيان ذلك على النّحو التّالي:

1- يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة على أنّ جوهر الحكم القضائيّ هو ما يتضمّنه من فصل في الخصومة يتضمّن خلاصة دراسة طلبات الخصوم وموضع قناعة القاضي في حلّ النّزاع، ورغم أنّه ليس في كتب الفقه الشّرعي المتقدّمة ذكر لمصطلح "المنطوق" كجزء مستقلّ عن الحكم على اعتبار أنّ الحكم القضائيّ ذاته لا ينصرف إلاّ لما يدلّ على فصل في النّزاع من كلام القاضي أو كتابه في القضيّة المطروحة أمامه، خلافا للقانون الوضعيّ الذّي يحدّد مفهوم المنطوق بأنّه ما قضت به المحكمة فيما عُرض عليها من طلبات، ويتّم إعلانه شفاهيّا في جلسة علنيّة، ويتمّ إيراده ضمن الجزء الختاميّ في صحيفة الحكم فإنّ ذلك لا يقف عائقا أمام اتّفاقهما على أنّه نتيجة وخلاصة بحث القاضي للنّزاع، وقد عبّرت عنه مجلّة الأحكام العدليّة بأنّه خاتمة ورقة الحكم المسمّاة الإعلام، وسمّته بكيفيّة الحكم كما سبق بيانه.

2- يعتبر القانون الوضعيّ تحرير الحكم ركنا لصحّته، بحيث لا يعترف بحكم قضائي غير مكتوب، ولهذا فقد اعتمد بعض الفقه القانونيّ في تعريف المنطوق المعيار الشكلي وغلّبه باعتبار أنّ الجزء الختاميّ من صحيفة الحكم الوارد بعد عبارة "ولهذه الأسباب" لأنّ المحكمة تضمّن هذا الجزء الختاميّ خلاصة دراسة طلبات الخصوم والفصل في النّزاع المطروح، خلافا لفقه الشريعة الذّي لا يعتبر تحرير الحكم ركنا ولا شرطا لصحّته، ولهذا فهو يغلّب في تحديده للمنطوق المعيار الموضوعيّ، بحيث يعتبر أنّ ما تضمّن فصلا في النّزاع المطروح وكان خلاصة بحث القاضي له وبيّن كيفيّة الحكم فهو ما يمكن اعتباره منطوق الحكم بغضّ النّظر عن موضعه، ويعود هذا الاختلاف الظّاهري في تحديد مفهوم المنطوق إلى عدم اشتراط تحرير الحكم لصحّته في فقه الشّريعة الإسلاميّة.

ولّما كان الحكم القضائيّ في نظر فقه الشريعة هو ما استقرّ في نفس القاضي من فصل في النّزاع بغضّ النّظر عن وسيلة التعبير عنه، فقد أجاز هذا الفقه أن يعبّر القاضي عنه بالقول أو الفعل على السّواء متى دلّ هذا الفعل على مقصود القاضي بالإشارة المفهمة أو الكتابة، وهذا ما يرفضه القانون الوضعيّ بشكل قاطع، إذ لا يكتفي هذا الأخير بمجرّد الدّلالة المفهمة عن الحكم، بل يشترط لصحّة الحكم أن يكون مكتوبا وفق نماذج معيّنة وبيانات محدّدة مع تلاوة المنطوق في جلسة علنيّة.

ورغم صحّة ما اعتمده بعض الفقه الشّرعيّ من حيث المبدأ من أنّ الحكم القضائيّ أمر نفسانيّ قد يُعبّر عنه بالقول أو الفعل على السواء، ما دام صريحا في التّعبير عمّا استقرّ في نفس القاضي من فصل في النّزاع، إلاّ أنّ واجب الاحتياط في دلالة الحكم على المعنى المقصود من القاضي مع الاستغناء عن الإشهاد بالتّوثيق في واقعنا المعاصر لخراب ذمم النّاس وحاجة الأحكام لأنّ تقيّد لكي تكون نافذة يرجّح وجوب اعتماد تسجيل الأحكام

وقصر المنطوق على القول دون الفعل، وترتيب البطلان على انعدام تحرير الحكم أو خلوّه من المنطوق كمـــا في القانون الوضعيّ.

إلاّ أنّه لّما كان المنطوق في حقيقته هو ما يتضمّن بيان عقيدة المحكمة وقناعتها حول الخصومة المثارة بتطبيق القانون على الوقائع المعروضة في طلبات الخصوم فإنّه لا ينبغي التّعويل كثيرا على المعيار الشـــكليّ في تحديـــد منطوق الحكم لأنّه قد يرد في غير الجزء الختاميّ كوروده في الأسباب والوقائع المذكورة في صحيفة الحكم، كما يمكن أن يحتوي الجزء الختامي تقريرات قانونيّة أو غيرها ممّا لا يتضمّن فصلا في النّزاع فلا يعدّ منطوق حكم.

3- يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة على قصر حجيّة الحكم القضائيّ على المنطوق كأصل عام ما دام هو موضع فصل النّزاع وبيان عقيدة القاضي من الخصومة المطروحة أمامه، إلاّ أنّ ذلك لا يمنع من الخـــروج عن القاعدة متى ورد فصل في النّزاع ضمن الأسباب التي يستند إليها هذا المنطوق، ويُشترط لإعمال القاعدة أن يكون ما ورد في المنطوق أحكام قطعيّة فاصلة في الموضوع تحديدا احترازا من الفاصلة في الشّكل لأنّها لا تحـــوز حجيّة.

4- يمكن ملاحظة مدى التّوافق بين القانون الوضعيّ والشّريعة الإسلاميّة في اعتبار أنّ الأصل هو عدم حيازتها للحجيّة لأنّها ليست موضع إيراد الفصل الموضوعي للنّزاع، ولّما كان هذا هو المعيار فإنّ هذا الأصل يجـــد لـــه استثناء يظهر حال احتواء الوقائع أو الأسباب لما يتضمّن فصلا موضوعيا في النّزاع أو يكون ضروريا لفهم مـــا ورد في المنطوق منه.

وقد حاول الفقه القانونيّ تحديد نوع الأسباب التي تحوز الحجيّة بالنّظر إلى مدى ارتباطها بالمنطوق ومـــدى تضمّنها لفصل موضوعيّ في النّزاع، وما بلغ إليه من نتائج يمكن اعتماده في الفقه الإسلاميّ دون حرج لاتّفاقهما في المبدأ، إذ أنّ فقه الشّريعة لم يتعرّض لهذه التّفصيلات والتي تنطلق في كلّ من الشّريعة الإســـلاميّة والقـــانون الوضعيّ من منطلق واحد هو حيازة ما كان فاصلا في الموضوع للحجيّة وكذا ما كان معينا في فهمـــه ويُبـــيّن مقصوده.

المبحث الثّالث: مجال سريان حجيّة الحكم القضائيّ من حيث دلالته في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ (حجيّة الحكم الضمنيّ).

لا خلاف في حيازة الحكم الموضوعيّ فيما دلّ عليه صراحة للحجيّة على اعتبار أنّه موضع الفصل بين الخصوم في النّزاع، وإنّما يثار التّساؤل حول حيازته للحجيّة في دلالته الضمنيّة.

ذلك أنّ الحكم القضائيّ هو عبارة تتضمّن معنى صريحا تدلّ عليه صيغته ويكون مقصودا منها حين وضعها، كما تتضمّن معنى غير صريح، ولا يكون مقصودا منها، فيثار التّساؤل حول إمكانيّة حيازة هذا المعنى الأخير للحجيّة وبالتّالي إمكانيّة الاستناد إليه حال التّمسّك من طرف المدّعي في دعوى جديدة لاستصدار حكم يتوقّف على الاعتداد بهذا المعنى، أو حال الدّفع به من طرف المدّعى عليه لدعوى جديدة يتوقّف قبوله على اعتبار المسألة سبق الفصل فيها لاحتواء الحكم السّابق على معنى غير صريح هو ذاته ما ينازع فيه في الدّعوى الجديدة.

ولهذا سأعرض لهذا المبحث في مطلبين على النّحو التّالي:

المطلب الأوّل: المقصود بالحكم الضمنيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الثّاني: حجيّة الحكم الضمنيّ بين الإثبات والإنكار في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الأوّل: المقصود بالحكم الضّمنيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

ويكون التعرّض لهذا المطلب كما يبيّنه عنوانه في فرعين على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: المقصود بالحكم الضمنيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

الفرع الثّاني: المقصود بالحكم الضّمنيّ في القانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: المقصود بالحكم الضمنيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

ينقسم الحكم من حيث دلالته إلى حكم صريح وحكم ضمنيّ[1]، فأمّا الحكم الصّريح فهو ما دلّت عليه صيغة الحكم صراحة ممّا طلبه الخصوم وثار حوله النّزاع، أو هو ما تضمّنه الحكم وقصده قصدا أوّليّا أصليّا[2].

وأمّا الحكم الضّمنيّ فهو ما دلّت عليه صيغة الحكم قصدا فرعيّا بطريق التتبّع واللّزوم، وهذا المعنى هو المستفاد من عبارات الفقهاء الواردة حول الحكم الضمنيّ[3]، وهي قليلة في هذا الشّأن.

وعرّفه محمّد نعيم ياسين بقوله: "هو الحكم الّذي يكون المحكوم فيه غير مقصود، بل هو داخل ضمن المدّعى المحكوم به قصدا[4]، وقد مثّل شارح مجلّة الأحكام العدليّة لذلك بجملة أمثلة أذكر منها اثنين[5]:

المثال الأوّل: "إذا شهد الشّهود على الخصم الغائب في حقّ وذكروا اسم المشهود عليه واسم أبيه وحكم القاضي بذلك الحقّ فيكون قد حكم ضمنا بالنّسب مع أنّه لا توجد دعوى بالنّسب"، فإنّ ما يُفهم من هذا المثال أنّ هذا الحكم تضمّن تصريحا بثبوت الحقّ المدّعى، وقد دلّ ضمنا على ثبوت النّسب، فيكون قد حكم ضمنا بالنّسب.

المثال الثّاني: "إذا شهد الشّهود أنّ فلانة زوجة فلان قد وكّلت زوجها في الأمر الفلانيّ في الدّعوى المقامة على الخصم المنكر وحكم بالتّوكيل فيكون قد حكم ضمنا بالزوجيّة بينهما"، ويفهم من هذا المثال أيضا أنّ الحكم صرّح بصحّة الوكالة، ويكون قد دلّ ضمنيّا على ثبوت الزوجيّة لدى القاضي وإلاّ لما حكم له بصحّة الوكالة.

ويمكن اعتبار هذين المثالين من قبيل دلالة الحكم على المقدّمة الضروريّة للفصل في المسألة المصرّح بحكمها، ولعلّه من الضروريّ التنبيه على أنّ دلالة عبارة الحكم على مثل هذا المعنى ليست دلالة تضمّن كما توهمه التسمية، وإنّما هي دلالة لزوم، لأنّ هذا المعنى لا يحويه الحكم في عباراته ولا يقصده، وإنّما هو معنى

(1) انظر: علي حيدر، **درر الحكّام**...ج4ص666.

(2) انظر: عبد النّاصر موسى أبو البصل، **نظريّة الحكم القضائيّ**...ص475.

(3) انظر: ابن نجيم، **البحر الرّائق**...ج6ص279؛ ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**....ج5ص424.

(4) انظر: **نظريّة الدّعوى**...ج2ص222.

(5) علي حيدر، نفسه.

لازم للمعنى المصرّح به، واختار عبد النّاصر موسى أبو البصل تسميته بالحكم الإشاري[1]، ودلالة الإشـــارة في أصول الفقه هي "دلالة اللّفظ على حكم غير مقصود ولا سيق له النصّ، ولكنّه لازم للحكم الّـــذي ســـيق لإفادته الكلام"[2].

الفرع الثّاني: المقصود بالحكم الضمنيّ في القانون الوضعيّ.

يقصد بالحكم الضمني أحد معنيين[3].

أوّلا: السّابقة أو المقدّمة المنطقيّة (antécédent logique). وهي المسألة التّي يتحتّم الفصل فيها قبل الفصل في المسألة المصرّح بحكمها في المنطوق، بحيث لو طرحت المسألة الأولى للنّقاش لكان ذلك مقتضيا لإلغاء الحكم المصرّح به، ومثاله الحكم بالنفقة الزوجيّة في صريح المنطوق في دعوى تطلب فيها المرأة الحكـــم بصحّة عقد زواج والنّفقة الزوجيّة، فإنّ القاضي متى حكم للمدّعيّة بالنّفقة في صريح المنطوق، يكـــون قـــد حكم ضمنا بصحّة عقد الزّواج.

ثانيا: النتيجة الضروريّة (suite nécessaire). وهي المسألة الّتي تعدّ نتيجـــة ملازمـــة للحكـــم المصرّح به في المنطوق، بحيث أنّ الحكم المصرّح به في المنطوق ينتج حكما ضمنيّا تبعيّا ملازما، ومثاله حكـــم القاضي في دعوى القسمة بأنّ الثمار الّتي جنيت من وقت افتتاح التّركة حتّى تاريخ معيّن لا تردّ، فإنّ هـــذا الحكم يقرّر بطريقة النتيجة الضروريّة أنّ الثّمار الّتي تقطع بعد هذا التّاريخ تدخل ضمن الأموال الّتي تخضـــع للقسمة. وهذا تطبيقا لمبدأ مفهوم المخالفة.

وما ينبغي الإشارة إليه هنا أنّه متى لم يكن معنى الحكم الضمنيّ ملازما تماما للمنطوق بحيث يمكـــن أن ينفكّ عنه، فلا وجود للحكم الضّمني، يقول أحمد ماهر زغلول بعد استعراض صورتي الحكم الضّمنيّ: "وعلى العكس من ذلك لا توجد نتيجة ملازمة تقبل أن تكون محلاّ لقرار ضمنيّ في الحالات الّتي لا يؤدّي إليها على سبيل الحتم القرار الصّريح بحيث يمكن تصوّره قائما دونها"[4].

---

(1) انظر: **نظريّة الحكم القضائيّ**...ص478.

(2) (البخاري) عبد العزيز بن أحمد (ت730هـــ)، **كشف الأسرار عن أصول البزدويّ**، دار الكتاب العربيّ، بيروت، لبنان، 1989م، ج1ص68.

(3) انظر: أحمد السيّد صاوي، **الشّروط الموضوعيّة**...ص55؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص70-71؛ أحمد ماهر زغلول، **أعمال القاضي**...ص443-444؛ السّنهوريّ، **الوسيط**...ج2ص263.

NATALIE FRICERO, *op. cit.*, p.918.

(4) **أعمال القاضي**...ص445.

ويتمّ الكشف عن الحكم الضّمنيّ بالرّجوع إلى أسباب الحكم للتّعرّف على إرادة القاضي، وكذا المبادئ الّتي طبّقها بخصوص هذه الدّعوى، وكذلك طلبات الخصوم.

ويبقى السّؤال المطروح: إلى أيّ حدّ يمكن أن يصحّ هذا الحكم الضّمنيّ ويكتسب حجيّة؟ وهل تتّفق العقول فيما تستنتجه من مقدّمات منطقيّة ونتائج ضروريّة للحكم الصّريح؟ أم أنّ هذا التّقدير سيظلّ رهين تحكّم من سيُعرض عليه الحكم الصّريح؟

المطلب الثّاني: حجيّة الحكم الضمنيّ بين الإثبات والإنكار في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

لم يتّفق الفقه على حجيّة المعنى غير الصّريح للحكم القضائيّ، وهو ما يتطلّب عرض آراء الفقهاء سواء في الفقه الإسلاميّ أو الفقه الوضعيّ للخلوص إلى نتيجة حول هذه المسألة، ويكون ذلك في فرعين على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: حجيّة الحكم الضمنيّ بين الإثبات والإنكار في الشّريعة الإسلاميّة.

الفرع الثّاني: حجيّة الحكم الضمنيّ بين الإثبات والإنكار في القانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: حجيّة الحكم الضمنيّ بين الإثبات والإنكار في الشّريعة الإسلاميّة.

اعتمد الحنفيّة الحكم الضمنيّ، حيث اعتبروه حجّة ونافذا فيما دلّ عليه[1]، وكذلك فعل الشّافعيّة[2].

وأنكر المالكيّة اعتباره حكما لعدم قيام الدّليل على ما دلّ عليه الحكم ضمنا، فإنّ الشّهود في المثالين المتقدّمين لم يشهدوا بالنّسب كما لم يشهدوا بالزّوجية[3].

ولعلّي لا أجانب الصّواب إذا استنكرت الاعتراف بحجيّة الحكم الضمنيّ لمجرّد دلالة الحكم عليه بطريق اللّزوم، خاصّة إذا تعلّق الأمر بمسائل أساسيّة كالنّسب والزّوجيّة على ما ذكر في المثالين السّابقين، فإنّ الحكم بثبوت الحقّ المدّعى على شخص ذُكر اسم أبيه لا يثبت النّسب شرعا، بل للنّسب طرق ثبوت معلومة، وكذلك فإنّ الحكم بصحّة الوكالة لمن ادّعي زوجا لا يثبت الزّوجيّة، إذ أنّ هذه الأخيرة لا تثبت إلاّ بقيام العقد الصّحيح.

وإنّما أعتذر للحنفيّة الّذين ذكروا المثالين بأنّه لو ثبت أنّ القاضي شهد عنده الشّهود بالنّسب والزوجيّة إضافة إلى الحقّ المدّعى به وصحّة الوكالة فحكم بما حكم به لصحّ ما ذكروا.

الفرع الثّاني: حجيّة الحكم الضمنيّ بين الإثبات والإنكار في القانون الوضعيّ.

لقد كانت فكرة الحكم الضمنيّ مثار اختلاف وتباين وجهات النّظر بين مجتهد في إثباتها والتّدليل على وجودها، وبين منكر لها منبّه لمحاذيرها، وفيما يلي عرض موجز للرأيين.

الرّأي الأوّل: اعتماد فكرة الحكم الضمنيّ[4]، وأنصارها غالبيّة الشّرّاح كما يقرّ بذلك خصومهم في الرأي[1].

---

(1) انظر: ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**...ج5ص424؛ علي حيدر، **درر الحكّام**...ج5ص424.

(2) انظر: الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4ص395.

(3) انظر: جعيط محمّد العزيز (ت1960م)، **الطريقة المرضيّة في الإجراءات الشّرعيّة، مطبعة الإرادة، تونس**، ص278-279 (نقلا عن: عبد النّاصر موسى أبو البصل، **نظريّة الحكم القضائيّ**...ص478).

(4) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص364.

ويرى أصحاب هذا الرأي أنّ الحكم الضّمنيّ يفترضه اللّزوم المنطقيّ والعقليّ الّذي لا يمكن أن يكون مثار خلاف، بحيث لا يختلف الحكم الضّمنيّ عن الصّريح في مثل أنّ الحكم بصحّة إجراءات تنفيذ محرّر يعني وبالقطع صحّة السّند، لأنّ القاضي لا يمكن أن يقرّ بتنفيذ محرّر باطل[2].

كما أنّ الحكم بالنّفقة الزّوجيّة للزّوجة يقتضي قطعا الحكم بصحّة الزّواج الثّابت لدى القاضي، ومن جهة أخرى فإنّ القول بالحكم الضّمنيّ يمنع من تضارب الأحكام وتناقضها، لأنّ طرح ما فصل فيه الحكم الضّمني ليفصل فيه صراحة قد يؤدّي إلى تناقض الأحكام[3].

ومثاله: إذا كان القاضي قد حكم بالنّفقة الزّوجيّة، فإنّ ذلك يتضمّن حكما ضمنيّا بصحّة عقد الزّواج فإذا أجزنا رفع دعوى بطلان عقد الزّواج ذاته فإنّنا فتحنا مجالا لتناقض الأحكام.

ويرتكز هذا الاتّجاه على أنّ القول بحجيّة الحكم الضمنيّ تعني أوّل ما تعني منع تناقض الأحكام وهي مصلحة عامّة، بينما القول بعكسها تغليب لمصلحة الخصوم في إثارة ما لم تصرّح المحكمة بالحكم فيه، وبالتّالي فإنّ تغليب مصلحة المجتمع يقتضي القول بحجيّتها ولو بدا في ذلك إهدار لحقوق الدّفاع.

الرأي الثّاني: إنكار فكرة الحكم الضّمني. يتّجه أنصار هذا الرّأي إلى إنكار فكرة الحكم الضّمنيّ بالنّظر إلى عيوب الرأي القائل بها والمحاذير الّتي تعلق به، وقد اجتهد أحمد السيّد صاوي في نقل الاعتراضات الّتي أبداها ميلينسكو (Mélinesco) على فكرة الحكم الضّمنيّ، ثمّ إنّه انتصر لرأيه وخلص إليه، وأهمّ ما اعتمد عليه في نقد فكرة الحكم الضّمنيّ أمور ثلاثة[4]:

الأوّل: أنّ القول بفكرة الحكم الضّمنيّ فيه إهدار لحقّ الدّفاع، بحيث أنّ إضفاء الحجيّة على مسائل لم يسبق أن أثيرت بين الخصوم و لم يبحثها القاضي فيه حجر على حقوق الدّفاع.

الثّاني: أنّ فكرة الحكم الضّمنيّ غير محدّدة، إذ لم يحدّد دعاة الفكرة معنى المقدّمة المنطقيّة والنّتيجة الضروريّة، وحدود كلّ منهما، وفي العودة إلى حيثيّات الحكم والمبادئ الّتي طبقت على الدّعوى وموقف المحكمة من طلبات الخصوم مجال خصب للاجتهاد واختلاف وجهات النّظر.

---

(1) انظر: أحمد السيّد صاوي، **الشّروط الموضوعيّة**...ص53. وهو الاتّجاه الّذي اعتمدته محكمة النّقض المصريّة في كثير من قراراتها، منها ما قضت به من أنّه "من المقرّر في قضاء هذه المحكمة أنّه لا حجيّة إلاّ فيما يكون قد فصل بين الخصوم بصفة صريحة أو بصفة ضمنيّة حتميّة..." (طعن رقم4، سنة 38ق، جلسة 1974/06/05، س25، ص971، نقلا عن: سعيد أحمد شعله، **قضاء النّقض المدنيّ**...ص88)

(2) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص75.

(3) انظر: عبد الحكم فوده، نفسه، ص77.

(4) انظر: نفسه، ص60-63.

الثّالث: أنّ الأخذ بفكرة الحكم الضّمنيّ سيكون مدعاة للتّحكم، إذ أنّ تقدير وحدة الموضوع بين دعويين سيصبح على ضوء فكرة الحكم الضّمنيّ غاية في الدّقة.

ثمّ إنّه خلص لنتيجة نسجّلها بلفظها وهي: "ولا شكّ أنّ الفقيه ميلينسكو قد أصاب الحقيقة برفضه فكرة الحكم الضّمنيّ وردّه فكرة الحجيّة إلى نطاقها الصّحيح، إذ لا يمكن أن نمدّ عن طريق التّخمين والافتراض العقليّ حجيّة الشّيء المحكوم فيه إلى مسائل لم يثرها الخصوم و لم يبحثها القاضي و لم يفصل فيها بحكم صريح، إذ يشكّل ذلك الافتراض العقليّ (كما بيّنّا من قبل) خطرا كبيرا على مصالح الخصوم، فضلا على أنّ فكرة الحكم الضّمنيّ في حدّ ذاتها غير محدّدة المعنى غير واضحة المدلول لا يحكمها ضابط، تبعث على التّناقض وتؤدّي إلى التّحكم، وفكرة هذا حالها يستحيل على ضوئها تحديد نطاق ما تمّ الفصل فيه"[1].

المناقشة: لا يسلم الرأي الأوّل من محاذير أشار إليها أحمد السيّد صاوي فيما سبق ذكره، ولعلّ أهمّها في نظري هو مسألة تحديد نطاق الحكم الضّمنيّ، فإنّ الحديث عن المقدّمة المنطقيّة والنّتيجة الضّروريّة يبقى كلاما نسبيّا ما لم يُضبط بحدود فاصلة علميّة، وهذا خوفا من الوقوع فيما يسمّى بالمضمون الوهميّ، وهو يمثّل مدخلا لمحذور آخر وهو التّحكم في تقدير الحكم الضّمنيّ.

ويبدو لي أنّ هذه التخوّفات الّتي طرحها أحمد السيّد صاوي وإن كانت حرية بالأخذ والنّظر لا يمكن أن تبلغ درجة هدم فكرة الحكم الضّمنيّ، ولا تعدو أن تكون حافزا للبحث في أسس وضوابط لاستنتاج الحكم الضمنيّ وإعماله، وهذه وظيفة التّشريع والقضاء.

وأمّا الردّ على انتقاداته لفكرة الحكم الضمنيّ فيكون كما يلي:

أوّلا: ليس صحيحا أنّ فكرة الحكم الضّمنيّ تعتمد على التّخمين والافتراض العقليّ، بل إنّ الحكم الضّمنيّ في صورتيه (المقدّمة المنطقيّة والنّتيجة الضروريّة) يعتمد على اللّزوم المنطقيّ والعقليّ، بل إنّ الفصل في الحكم الصّريح فصل في ذات الوقت في الحكم الضّمنيّ متى تعلّق الأمر بالحكم بأثر الشّيء ونتيجته، فلا يصحّ عقلا ومنطقا الحكم بأثر من غير مؤثّر(كالحكم بأثر عقد مع عدم التّسليم بوجود العقد وصحته) وكذلك متى تعلّق بالنّتيجة الضروريّة في صورة مفهوم المخالفة، فلا يصحّ عقلا ومنطقا اجتماع النّقيضين (كالحكم بنفاذ عقد من تاريخ محدّد مع عدم التّسليم بعدم نفاذه قبله) فإذا تقرّر التّسليم منطقا وعقلا بصورة واحدة فقد صحّت فكرة الحكم الضّمنيّ.

ثانيا : لا يسلم القول بأنّ في اعتماد فكرة الحكم الضّمنيّ إهدار لمصالح الخصوم لأنّ التّمسّك بحجيّة الحكم الضّمنيّ يكون من طرف المدّعى عليه في مواجهة المدّعي، بينما الطّعن فيها يكون من طرف المدّعي في

---

(1) الشّروط الموضوعيّة...ص67.

مواجهة المدّعى عليه، فتناقضت المصالح ابتداء، وترجّحت جهة المدّعى عليه بأنّ مصلحته ومصلحة المجتمع في منع تناقض الأحكام تقفان في خندق واحد متى كانت إثارة النّزاع فيما فصل فيه بحكم ضمنيّ مدعاة للفصل بما يناقض ما فصل فيه أوّلا بالحكم الصّريح بشكل صريح أو ضمنيّ لازم.

كأن يكون قد فصل أوّل مرّة بالحكم الصريح بحقّ الميراث لمدّعيه، فإنّه يتضمّن حكما ضمنيّا بمعنى المقدّمة المنطقيّة على ثبوت نسب المدّعي إلى المورّث (كون المدّعي ابنا مثلا) فمتى نازع باقي الورثة في دعوى جديدة في نسب المدّعي قصد الاستئثار بالميراث فقد تنازعت المصالح، مصلحة المدّعي في الدّعوى الأولى في نيل نصيب من الميراث، ومصلحة المدّعي في الدّعوى الثّانية (باقي الورثة) في الاستئثار بالميراث على حساب المدّعى عليه (المدّعي في الدّعوى الأولى).

فيتمسّك المدّعى عليه في الدّعوى الثّانية بحجيّة الحكم الضّمنيّ القاضي بثبوت نسبه للمورّث لأنّه مقدّمة منطقيّة للحكم الصّريح الصّادر بحقّه في الميراث، وبينما يطعن المدّعي في الدّعوى الثّانية(باقي الورثة) في حجيّة الحكم الضّمنيّ الصّادر في الدّعوى الأولى.

إلاّ أنّه لّما كانت إجابة المحكمة للمدّعي في الدّعوى الثّانية (باقي الورثة) بالحكم بعدم صحّة نسب المدّعى عليه يؤول إلى تناقض الحكمين الصّريحين، حيث يقضي الأوّل منهما بحقّ المدّعي في الميراث ويقضي الثّاني بعدم ثبوت نسبه للمورّث، وحيث أنّ مصلحة المجتمع هي في منع تناقض الأحكام، فقد ترجّحت مصلحة المدّعي في الدّعوى الأولى في حيازة الحكم الضمنيّ للحجيّة.

ثالثا: لا يسلم القول بأنّ الحكم الضّمنيّ يكون في مسائل لم يثرها الخصوم ولم يبحثها القاضي، لأنّ القاضي متى حكم صراحة في مسألة تقوم على مقدّمة منطقيّة أو ترتبط بها نتيجة ضروريّة لا بدّ وأن يكون قد محّص في صحّة المقدّمة المنطقيّة وبحث النّتيجة المنطقيّة المترتّبة عنها، وإلاّ فكيف يحكم في دعوى استحقاق شخص لميراث دون أن يتأكّد من صحّة نسبه للمورّث، أو كيف يحكم في دعوى قسمة بأنّ الثّمار الّتي جنيت من وقت افتتاح التّركة إلى تاريخ معيّن لا تردّ، دون أن يبحث أمر جنيها بعد هذا التّاريخ وكونها داخلة ضمن الأموال الخاضعة للقسمة.

ولست بذلك أرى إعفاء الحكم الضّمنيّ من شرط بحث المحكمة له، إذ أنّه قد سبق في الحديث عن المنطوق التّعرض لشرط بحث المحكمة للمسألة المحكوم فيها، وأنّه لا يجوز المنطوق حجيّة إذا لم يسبق بحثه، فإذا طلب ذلك في الحكم الصّريح فهو في الحكم الضّمنيّ من باب أولى.

وبالتّالي فإنّ الاعتراض على حجيّة الحكم الضّمنيّ بأنّه يكون في مسائل لم يثرها الخصوم و لم يبحثها القاضي يصبح لا قيمة له في حال إثارة الخصوم للمسألة المحكوم فيها ضمنيّا وبحث المحكمة لها، إلاّ أنّ المنطوق لم يتناولها إلاّ ضمنا كما في حالة دعوى طلب الحكم بتنفيذ سند.

فمتى تبيّن من خلال الوقائع والأسباب أنّ مسألة صحّة السّند قد تمّت إثارتها من طرف الخصوم وبحثها من المحكمة فإنّ حكم المحكمة الصّريح بتنفيذ السند يدلّ قطعا على حكم ضمنيّ بصحّة السّند.

يقول أحمد ماهر زغلول :"إنّ تواجد القرار الضّمنيّ يتوقّف على وجود مسألة مطروحة في الخصومة ونظرتها المحكمة بالفعل، ويستفاد وجود المسألة المطروحة من الطّلبات المقدّمة والدّفوع المبداة في الخصومة، أمّا أنّ هذه المسألة كانت محلّ لنظر المحكمة فيكفي في الدّلالة عليها مجرّد إشارة المحكمة إليها في عناصر الحكم الصّادر"[1].

ومع هذا فإنّ هناك من الأحكام الضّمنيّة ما لا يتطلّب إثبات سبق إثارته وبحثه من المحكمة، وهذا في حال الحكم الضّمنيّ الدّال على نفي نقيض الحكم الصّريح، فإنّ الحكم الصّريح ببطلان العقد يقتضي حكما ضمنيّا بعدم صحّته[2]، ولهذا فإنّ دعوى المطالبة بتنفيذ الالتزامات النّاشئة عنه مرفوضة لسبق الفصل بعدم صحّته.

والخلاصة أنّ فكرة الحكم الضّمنيّ تقوم على أسس سليمة وصحيحة، وأنّ القول بحجيّتها يعتبر سندا لا بديل عنه للقول بحجيّة الحكم الصّريح، ومنع تناقض الأحكام، ويبقى على القاضي أن يلتزم في إعمال حجيّة الحكم الضّمنيّ على التّفسير الدّقيق للمنطوق للتّأكّد من كون الحكم الضّمنيّ يتضمّن مقدّمة منطقيّة أو نتيجة ضروريّة للحكم المصرّح به، وعلى ضوء هذا النّظر الدّقيق والتّفسير الضيّق للحكم الضّمنيّ يقضى بقبول الدّفع بحجيّته أو برفضه.

خلاصة مقارنة

ختاما للمبحث الموسوم بـ"مجال سريان حجيّة الحكم القضائيّ من حيث دلالته في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ" فإنّه يمكن تسجيل الملاحظتين التّاليتين:

---

(1) **أعمال القاضي**...ص448.

(2) انظر: نفسه، ص453.

1. يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة على وجود مسمّى الحكم الضمنيّ، وبتعبير أدقّ وجود دلالة غير صريحة لصيغة الحكم بحيث تدلّ عليها قصدا فرعيّا بطريق التتبّع واللّزوم، فيكون المعنى المقصود معنى لازما للمعنى المصرّح به.

ويتمثّل هذا المعنى في أحد أمرين هما المقدّمة المنطقيّة للمسألة المصرّح بها في المنطوق أو نتيجتها الضروريّة، ويتّضح هذا الاتّفاق في المعنى من خلال اعتماد الفقهين لنفس الأمثلة تقريبا لتوضيح معنى الحكم الضمنيّ.

2. اختلف فقه القانون الوضعيّ كما اختلف فقه الشّريعة حول إمكانيّة الاعتداد بالمعنى غير الصّريح للحكم القضائيّ، وقد تبيّن من خلال عرض وجهة رأي المثبتين والمنكرين أنّه لا يمكن إنكار المعنى غير الصّريح مطلقا و لا إثباته مطلقا، وهذا على اعتبار أنّ هذا المعنى يفترض اللّزوم المنطقيّ والعقليّ، وتقتضيه مصلحة عدم تناقض الأحكام.

إلاّ أنّه يشترط للاعتداد به سبق إثارته من قبل الخصوم وبحث المحكمة له مثلما يشترط ذلك في المعنى الصّريح حتّى يحوز الحجيّة، وإنّما يتبيّن ذلك بالرّجوع إلى الوقائع والأسباب الّتي أثبتها الحكم القضائيّ على اعتبار أنّها مكمّلة للمنطوق في بيان المعنى.

ومن هنا يترجّح القول بحجيّة الحكم غير الصّريح بشروطه حتّى لا يكون إنكارها نفيا وإنكارا للحكم الصّريح ذاته، وهذا كحالة إنكارنا لمعنى نفي نقيض الحكم الصّريح كما سبق التمثيل له.

الفصل الثّاني

آثار حجّيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ

يعتبر الحديث عن آثار مبدأ حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ بيان لثمرة هذا المبدأ وما يترتّب عنه من آثار، وقد خلصت من تتبّع مظاهر الحجيّة فيهما إلى أنّه يمكن حصرها وتقسيمها بحسب من تُمارس عليهم مفاعيلها وهم القضاة والخصوم والفقهاء.

وقد عدلت عن منهج الفقه القانونيّ الّذي إمّا أن يحصر مظاهر الحجيّة في الأثر الإيجابي المتمثّل في تمسّك المدّعي بحكم حائز للحجيّة في دعوى جديدة والأثر السلبيّ المتمثّل في دفع المدّعى عليه بسبق الفصل في الدّعوى قصد عدم قبول الدّعوى الجديدة لأنّها تتناول نفس المسألة المقضيّ فيها بعناصرها.

كما لم أعتمد تقسيم مظاهر الحجيّة بحسب طوائف الأحكام (حجيّة الحكم المدنيّ على القضاء المدنيّ، حجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء الجنائيّ، حجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء المدنيّ)، والسّبب في ذلك أنّ مظاهر الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة كما تبيّن لي من خلال البحث تتجاوز حدود آثارها على الدّعوى اللاّحقة كما في القانون الوضعيّ، إذ أنّ للحجيّة فيها آثارها على الاجتهاد الفقهيّ، وكذلك على ما يعتقده الخصوم من قواعد الحلّ والحرمة كما سيأتي بيانه.

ومردّ ذلك إلى أنّ الحجيّة كباقي الأنظمة في الشّريعة الإسلاميّة تكتسي إضافة إلى البعد المادّي الدنيويّ بعدا أخرويّا أخلاقيّا يجمع بين الشّريعة والأخلاق والسّلوك والضّمير، ولهذا فقد قسّمت هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة على النّحو التّالي:

المبحث الأول: آثار حجيّة الحكم القضائيّ على القضاة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المبحث الثاني: آثار حجيّة الحكم القضائيّ على الاجتهاد الفقهيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المبحث الثالث: آثار حجيّة الحكم القضائيّ على الخصوم في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المبحث الأوّل: آثار حجيّة الحكم القضائيّ على القضاة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يعتبر القضاة مصدر الأحكام القضائيّة، إذ هم يقومون بالإخبار عن أحكام الشّريعة والقانون بناء على ما يبذلونه من جهد في تمحيص الوقائع وتتريل النّصوص عليها، ويظهر دورهم في احترام ما يصدرونه من أحكام قضائيّة أساسيّا حيث يكونون ملزمين بالامتناع عن تتبّع الأحكام السّابقة كأصل عامّ، ويكونون ملزمين باحترامها وإعمالها في الدّعاوى اللاّحقة، ولهذا فتبدو مظاهر حجيّة الحكم القضائيّ على القضاة في مظهرين أساسيين، ووفقا لذلك يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النّحو التّالي:

المطلب الأوّل: عدم تعقّب القضاة في أحكامهم في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الثّاني: وجوب اعتبار الحكم القضائيّ في الدّعاوى اللاّحقة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الأوّل: عدم تعقّب القضاة في أحكامهم في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يحوز الحكم القضائيّ بمجرّد صدوره حرمة مانعة من تعقّبه والبحث في صحّته، وذلك يعدّ صورة وتجليّا من تجليّات الحجيّة الّتي تظهر فيها سالبة القضاة اللاّحقين مُكنة تتبّع أحكام القضاة السّابقين، وقد عرضت لهذا المطلب في فرعين على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: عدم تعقّب القضاة في أحكامهم في الشّريعة الإسلاميّة.

الفرع الثّاني: عدم تعقّب القضاة في أحكامهم في القانون الوضعيّ.

الفرع الأول: عدم تعقّب القضاة في أحكامهم في الشّريعة الإسلاميّة.

ويكون بيان ذلك ببيان حكم تعقّب القضاة في أحكامهم وحقّ الخصوم في الطّعن فيها على النّحو التّالي:

أوّلا: حكم تعقّب القضاة في أحكامهم في الشّريعة الإسلاميّة.

التعقّب في اللّغة من تعقّب بمعنى أخذه بذنب كان منه، أو شكّ فيه، أو عاد للسّؤال عنه[1] وهو التتبّع[2]، أمّا في الاصطلاح فهو تتبّع القاضي فيما صدر عنه من أحكام قضائيّة قصد تقرير صوابها أو تصحيحها أونقضها[3].

وهذا التعقّب إمّا أن يكون من القاضي اللاّحق للسّابق وهو الّذي يتكرّر في عبارات الفقهاء وتفصيلاتهم، وقد يكون من القاضي لغيره من القضاة الذّين لا يزالون في مناصبهم.

1. عرض أقوال الفقهاء حول مسألة تعقّب القضاة في أحكامهم. الأصل أن لا يتعقّب القضاة فيما أصدروا من أحكام، إذ أنّ الأحكام القضائيّة محمولة على الصّحّة في الظّاهر كما سبق ذكره، إلاّ أنّ امتناع التعقّب يعتمد على افتراض كفاءة القاضي بتوافره على الشّروط اللاّزمة للقضاء، وكذا سلامة حكمه من أسباب النقض والإبطال.

(1) الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، ج1ص106.

(2) الزّمخشريّ، **أساس البلاغة**، ص308.

(3) سبق التعرّض لمفهوم التعقّب لغة واصطلاحا في الفرع الموسوم بتمييز حجيّة الحكم القضائيّ عن قوّة الأمر المقضيّ في الشّريعة الإسلاميّة، راجع ص 67 من هذا البحث.

ولهذا فقد فرّق الفقهاء بين كون القاضي عالما عادلا أم جاهلا جائرا، كما فرّقوا بين كـــون الحكـــم القضائيّ صحيحا مقبولا، أو خاطئا مستوجبا للنّقض، ولّما كان التعقّب يكون أساسا للقضاة فيما يصدرون من أحكام، فقد عرضت المسألة في حالتين هما:

أ- **حكم تعقّب القاضي العالم العدل**: يرى المالكيّة[1] والحنفيّة[2] وبعض الحنابلة[3] أنه لا يجـــوز تعقّب القاضي العدل في شيء من أحكامه، ويجب إمضاء اللاّحق لأحكام السّابق من غير تتبّع ولا كشـــف عنها، وقد سئل الإمام مالك رَضِيَ اللهُ عَنْهُ:" أرأيت إن ولي القضاء رجل أينظر في قضاء القضاة قبلـــه؟ قـــال: لا يعرض لقضاء القضاة قبله إلا أن يكون جورا بيّنا"[4]، وهو كلام يصدق على القضاة العلماء العدول ممن تأهّل لمنصب القضاء، وإذا كان من غير الجائز تعقّب القاضي لمن قبله من القضاة، فإنّه من باب أولى أن لا يجـــوز تعقّب القاضي لغيره من القضاة الذين لا يزالون في ولايتهم، وقد صرّح المالكيّة[5] والحنفيّة[6] بعدم تعقّب حكم القاضي العالم العدل ولو طلب ذلك خصم محكوم عليه، ولا تُسمع دعواه عليه، ولا تتصفّح أحكامـــه، ولا ينظر فيها إلا على وجه التجويز لها.

إلاّ أن القائلين بعدم تعقّب القضاة العلماء العدول في أحكامهم لم يمنعوا تصحيح أو نقض ما صـــدر عنهم من أحكام تضمّنت جوْرا أو خالفت نصّا من الكتاب أو السنّة أو إجماعا أو قياسا، وزاد بعضـــهم إذا كان قضاؤهم حكما لا دليل عليه.

فأمّا حالة الجور فقد سبقت عبارة الإمام مالك رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في التعرّض لأحكام القضاة إن كان فيها جور بيّن، وهو ما تردّد في عبارات بعض الفقهاء[7]، وأمّا حالة مخالفة الحكم لنصّ من الكتاب والسنّة أو الإجماع أو

(1) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**... ج1 ص 64؛ الباجي، **فصول الأحكام**...ص 178؛ ابن المناصف، **تنبيه الحكّام**...ص 37.

(2) انظر: المرغيناني، **الهداية** ...ج7 ص 300؛ الطّرابلسيّ، **معين الحكّام**...ص33.

(3) انظر: المرداوي، **الإنصاف**...ج11 ص 223.

(4) المدوّنة، ج4 ص 78.

(5) انظر: ابن فرحون، نفسه؛ الباجي، نفسه.

(6) انظر: الطّرابلسيّ، نفسه، ص 34.

(7) انظر: (عياض) أبو الفضل بن موسى بن عياض بن عمرو بن موسى بن عيـــاض اليحصـــبي الأندلســـي(ت544 هـــــ) وولـــده محمّد(ت575 هـــ)، **مذاهب الحكّام في نوازل الأحكام**، تحقيق محمّد بن شريفة، دار الغرب الإسلاميّ، بيروت، لبنـــان، ط1، 1990م، ص 38.

أو القياس فقد سبق في الحديث عن نقض الأحكام القضائيّة[1]، وزاد بعض الحنفيّة حالة كون الحكم القضائيّ لا دليل عليه[2].

وقد يُشكل أن يمنع جمهور الفقهاء تعقّب أحكام القضاة ولو بمتظلّم ثمّ يحدّدون حالات معيّنة تُتعقّب فيها أحكامهم وتنقض، كما يثور التّساؤل حول افتراض وقوع العالم العدل في الجوْر أو مخالفة الكتاب والسنّة أو الإجماع أو القياس.

فأمّا ما حدّد من حالات لتعقّب أحكام القضاة ونقضها فإنّ الاطّلاع عليها لا يكون انطلاقا من تعقب أحكام القاضي العادل العالم لأنّ ذلك ممنوع كما سبق بيانه، وإنّما كما فسّره بعضهم أن يقع في يد اللاّحق حكم السّابق دون كشف[3]، كأن يطرح الخصوم في دعوى جديدة ما كان القاضي السّابق فصل فيه، فيكتشف اللاّحق ما فيه من جوْر أو مخالفة لنصّ أو إجماع أو قياس، دون أن يقصد الكشف عن أحكامه.

وأمّا وقوع الجوْر ومخالفة النصّ أو الإجماع أو القياس منه فمحمول على السّهو والغفلة[4] وقد يكون بسبب الخطأ النّادر الذي لا يسلم منه بشر، وقد أشار ابن فرحون في حالتين يمكن أن يتّضح فيها خطأ القاضي دون كشف: "وقد يذكر القاضي في حكمه الوجه الذي بنى عليه حكمه، فيوجد مخالفا لنص أو إجماع فيوجب فسخه، وكذلك إن قامت بيّنة على أنّها علمت قصده إلى الحكم بغير ما وقع، وأنّ هذا الحكم وقع منه سهوا أو غلطا فينقضه من بعده كما ينقضه هو"[5]

وقال الحنابلة[6] والشافعيّة[7] بأنّه لا يجب على القاضي تتبع أحكام من قبله، لكن له أن يفعل ذلك.

قال الإمام الشّافعي:"وليس على القاضي أن يتعقّب حكم من كان قبله، فإن تظلّم محكوم عليه ممّن قبله نظر فيما تظلّم فيه"[8]، وهو ما تقتضيه عبارة المذهب الشّيعي في جواهر الكلام إذ جاء فيها "ليس على الحاكم الحاكم تتبّع حكم من كان قبله ولا غيره حملا لفعله على الوجه الصّحيح"[9].

---

(1) انظر ص 38-40 من هذا البحث

(2) انظر: المرغيناني، **الهداية** ...ج7 ص 300.

(3) انظر: القاضي عياض وولده محمد، **مذاهب الحكّام**... ص 38.

(4) انظر: ابن المناصف، **تنبيه الحكّام**...ص 38.

(5) **التّبصرة**، ج1ص 64-65.

(6) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج11 ص 407، وقال المرداوي: "...وهو المذهب" (**الإنصاف**...ج11 ص223).

(7) انظر: الماردوي، **الحاوي**...ج20 ص 241؛ الشّيرازي، **المهذّب**... ج2ص 297؛ النّووي، **روضة الطّالبين**...ج11ص 129.

(8) **الأمّ**، ج6 ص 208.

(9) النّجفي، ج4 ص103.

ومتى تعقّب القاضي اللاّحق القاضي السّابق في أحكامه، فإنّه يُمضي الصّحيح منها سواء ما كان ثابتا بنصّ أو مجمع عليه، أو مختلفا فيه، إذ يحرم نقض القاضي حكم غيره إذا كان بناء على اجتهاد فيما هو محلّ للاجتهاد[1]، وما اطّلع عليه القاضي من حكم قضائيّ يستحقّ النّقض نقضه على ما سبق بيانه من حالة وجوب نقض الحكم القضائيّ[2].

ب- **حكم تعقّب القاضي الجائر أو الجاهل:** تضافرت عبارات الفقهاء في تعقّب أحكام من لا يصلح للقضاء بسبب الجهل أو الجور، فأمّا القاضي العدل الجاهل فقال المالكيّة تتعقّب أحكامه ولا ينقض منها ما وافق الصواب والحقّ[3]، وقال بعضهم: يردّ منها أيضا ما كان مختلفا فيه لأنّ الحكم فيه كان حدسا وتخمينا، وقال بعضهم: لا ينقض من أحكام الجاهل ما وافق الصواب إذا كان يشاور العلماء، أما إذا كان لا يشاور فتنقض كل أحكامه، والسرّ في ذلك أنّها كانت حدسا وتخمينا فلم تصحّ، أو أنّها أحكام جور لّما خلت من المشورة[4].

وأما أحكام الجائر فتردّ كل أقضيته، ما وافق وما خالف، لأنه لا يؤمن حيفه[5]، وعلّلوا لذلك بأنّ "...من هذه صفته يُتّهم أن يعقد ظاهر الأحكام على الصحّة وباطنها مشتمل على الفساد"[6]، وقيل إن عرف في بعض أحكامه الصّواب، وباطن ذلك الحكم صحيح مستقيم، وشهد به أهل المعرفة والعدل فإنّها تمضى ولا تنقض، لأنها لو ردّت وقد ماتت البيّنة وانقطعت الحجّة كان ذلك إبطالا للحقّ، وقال أصبغ: "أرى أن يُمضى من أحكامه ما عدل فيه و لم يُسترب فيه، ويفسخ ما تبيّن فيه الجور إن استريب ويفعل فيها من الكشف ما يفعل بأقضية الجهّال"[7].

---

(1) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص57؛ الباجي، **فصول الأحكام**...ص 177؛ ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص 77؛ ابن قدامة، **المغني**، ج11 ص 407؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3 ص478؛ الكاساني، **بدائع الصّنائع**...ج7 ص14.

(2) انظر ص 38-39 من هذا البحث

(3) انظر: الباجي، نفسه، ص178؛ ابن فرحون، نفسه، ج1 ص65؛ ابن المناصف، **تنبيه الحكّام**...ص38.

(4) انظر: ابن فرحون، نفسه؛ ابن المناصف، نفسه.

(5) انظر: ابن فرحون، نفسه؛ الباجي، نفسه.

(6) ابن المناصف، نفسه؛ ابن فرحون، نفسه.

(7) ابن فرحون، نفسه.

وذهب الأحناف إلى أن أحكام القاضي العدل الجاهل تكشف، فما وافق الصّواب أمضي، وما كان خطأ بيّنا ردّ، وكذلك يُفعل بأقضية القاضي الجائر، فينقض منها ما تبيّن فيها جوره أو استريب دون غيرها، إلاّ إذا عرف القاضي بالجور في أحكامه كلّها أو بعضها فتنقض جميعا[1].

كما ذهبوا إلى أنّ للقاضي العدل نقض قضاء أهل البغي دون تعقّب بأن ظهر أهل العدل على المصر الذّي كان بيد أهل البغي، فينقضها كلّها ولو كانوا من أهل القضاء والشّهادة في الجملة كبتا لهم ليترجروا عن البغي[2].

وقيّده بعضهم بأن يكون قاضي أهل البغي منهم فيكون مستحقا للنّقض دون تعقّب، أما لو عيّنوا قاضيا من أهل العدل فلا يتعقّب ولا ينقض ما دام يقضي بشهادة أهل العدل، أمّا لو قضى بشهادة أهل التّأويل والخوارج فلا ينفذ[3].

وذهب الشّافعية[4] إلى أنّ أحكام من لا يصلح للقضاء تنقض جميعها دون تعقّب، أصاب فيها أم أخطأ، لأنّه حكم من لا يجوز له القضاء ، وكذلك ذهب جمهور الحنابلة إلى أنّ أحكام من لا يصلح للقضاء لفقد الشّروط يجب نقضها لأنّ حكمها غير صحيح، وجوده كعدمه، ولو كان قد حكم فيما يسوغ فيه الاجتهاد، قال صاحب الإنصاف: "هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب"[5]، إلاّ أنّ جملة من محقّقي المذهب الحنبليّ رجّحوا عدم نقض الصّواب من الأحكام، قال صاحب الإنصاف: "وهو الصواب وعليه عمل النّاس من مُدد ولا يسع النّاس غيره"[6]، وقال ابن قدامة: "...ولا يُنقض ما وافق الصّواب لعدم الفائدة في نقضه فإنّ الحقّ وصل إلى مستحقّه"[7]، وقال البهوتي: "...هذا في غير قضاء الضّرورة، ولا ينقض من أحكامهم ما وافق الصّواب...لأنّها ولاية شرعيّة وإلاّ تعطّلت الأحكام"[8].

---

(1) انظر: الطّرابلسيّ، **معين الحكّام**...ص30.

(2) الكساني، **بدائع الصّنائع**...ج7ص14.

(3) انظر: الخصّاف، **أدب القاضي**، ص319-320

(4) انظر: الشّيرازي، **المهذّب**...ج2 ص297

(5) المرداوي، ج11ص225.

(6) نفسه.

(7) **المغني**...ج11 ص407.

(8) **شرح منتهى الإرادات**، ج3ص479.

2. عرض الأدلة والتّرجيح.

أ- **عرض أدلّة الفريقين:** لقد كان اجتهاد الفقهاء في مسألة تعقّب القضاة في أحكامهم متأثّرا إلى حدّ كبير بما يترتّب عن منع التعقّب أو إجازته من مصالح أو مضارّ معتبرة، ولهذا فقد برّر القائلون بمنع تعقّب القضاة المستوفين لشروط القضاء بما ينجرّ عن تعقّبهم من المضارّ ويمكن إجمال حِكم منع التعقّب في أمور أهمّها:

- **حفظ هيبة القضاء:** إذ أنّ في تعقّب أحكام القضاة توهين بسلطة القضاء، قال ابن فرحون:"...في التعرّض لذلك ضرر بالنّاس ووهن للقضاة"[1]، وذلك أنّ في فتح باب تعقّب القضاة في أحكامهم تسهيل للقدح فيهم، ولهذا علّل جمهور البصريين من الشّافعية القائلين بعدم جواز التعقّب من غير متظلّم أنّ القاضي إذا فعل ذلك يتتبّع قدحا في القضاء يتوجّه عليه مثله، وأنّه لا يجوز إحضار القاضي السّابق لمجلس القضاء إلاّ إذا أقام المتظلّم بيّنة على ما يقول صيانة لولاّة المسلمين من الابتذال[2].

- **منع تجديد النزاع:** ذلك أنّ في تعقّب القضاة اطّلاع على ما في أحكام القضاء من أخطاء في قضايا درست، واستقرّ النّاس فيها على مراكز وأوضاع معيّنة، ففي تعقّبهم إحياء للنّزاع وإثارة للخصومات خاصّة إذا كان ذلك من غير متظلّم[3]، ولهذا فقد رجّح محقّقوا المذهب الحنبلي عدم نقض أحكام أحكام القاضي الجاهل أو الجائر إذا وافقت الصّواب لأنّ الحقّ وصل إلى صاحبه، وحتّى لا تتعطّل الأحكام[4]، الأحكام[4]، ولأجل ذلك رأى المالكيّة الموجبين لردّ أقضية القاضي الجائر أنّ في نقض أحكامه فيما عرف أنّ حكمه فيها صواب وباطن أمره كان صحيحا مستقيما إبطال للحقّ إذا ماتت البيّنة وانقطعت الحجّة[5].

- **عدم الاشتغال بالماضي عن الحاضر:** لا تخلو الأيّام من قضايا تعرض على القضاة وخصومات ترفع إليهم، وقد كان الرّعيل الأوّل من المسلمين مستقيما في شؤونه، متعفّفا عن الخصومات، ثمّ أصاب النّاس ما أصابهم من شغف بالدّنيا وتجاذب لشهواتها، فتنافسوها وتخاصموها، وقد نبّه الفقهاء إلى أن تعقّب القضاة انشغال بماضي القضايا عن حاضرها، فإنّ القضاة ملزمون بقضايا حاضرة، ونزاعات متّقدة

---

(1) **التّبصرة**...ج1ص65، ومثله عند الطّرابلسيّ، **معين الحكّام**...ص30.

(2) انظر: الماوردي، **الحاوي**... ج20 ص 242.

(3) انظر: **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، ج7 ص144.

(4) انظر: ابن قدامة، **المغني**...ج11ص407؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3ص479.

(5) انظر: ابن فرحون، نفسه.

للفصل فيها، لا بقضايا ماضية، ونزاعات خامدة أو دارسة[1]، وتأخّر القضاء أو امتناعه عن الفصل في الخصومات الحاليّة مضرّة حالّة، وخطر محدق بنظام المجتمع كلّه، بينما امتناعه عن النّظر في الخصومات السّابقة مضرّته أخفّ، إن لم تكن المصلحة في تركها على ما هي عليه من أحكام.

و لم أجد من كلام الشافعيّة والحنابلة من إشارة لحكمة إباحة التعقّب مطلقا للقضاة إلا ما ذكره بعض الشافعيّة من أنّ ذلك قصد الاحتياط لما قد يكون قد وقع فيه القضاة من الخطأ[2]، إذ أنّ في تعقّب القضاة اللاّحقين للقضاة السّابقين فرصة لتصحيح ما ارتكبوه من أخطاء، وما أصاب أحكامهم من قصور.

ب- التّرجيح: رغم أهمية الحِكم الّتي بنى عليها القائلون بمنع تعقّب القضاة المستوفين لشروط القضاء رأيهم، وهي حفظ هيبة القضاء ومنع تجديد النّزاع، وعدم اشتغال القضاة بالماضي عن الحاضر، فإنّ الشّريعة لا تعترف بما يصدر مخالفا لنصوصها وقواعدها، ولا بما كان من الأحكام القضائيّة مائلا للظّلم مجافيا للعدالة، إذ أنّ أولى مقاصد النّظام القضائيّ اعتبارا هما مقصد التزام الشّريعة وتحقيق العدالة[3].

ولهذا فقد جزم فقهاء الإسلام بنقض الأحكام المخالفة لنصوص الشّريعة وقواعدها إعمالا لقصد حفظ الدّين عامة، وتحقيق مقصد الالتزام بأحكام الشّريعة في القضاء كما سبق بيانه، كما تضافرت عباراتهم في نقض الأحكام التي يثبت كونها جائرة ظالمة إعمالا لمقصد تحقيق العدالة وحفظ حقوق المتقاضين.

ولهذا فإنه متى اطّلع القاضي اللاّحق على حكم قضائيّ صدر من سابقه مخالف لأحكام الشّريعة ولمبادئ العدالة مخالفة صريحة لا تقبل التّأويل فإنه يكون في ميزان الشّريعة هدرا ويتوجب عليه نقضه، وهذا الأمر لا يُلغي الحِكم المتحقّقة بالامتناع عن تعقّب القضاء، وهذا لأمرين:

أ- أنّ نقض الحكم القضائيّ الصّادر عن القاضي المستوفي لشروط القضاء عند مخالفته لنصوص الشّريعة وقواعدها أو لقواعد العدالة لا يكون كما وضّحه الفقهاء نتيجة لتعقّب القاضي والكشف عن أحكامه وإنما نتيجة لما قد يقدّمه الخصوم من تظلّمات أو لما يكتشفه اللاّحق دون قصد الكشف[4]، إذ أن مخالفة نصوص

---

(1) انظر: الماوردي، **الحاوي**... ج20 ص 242؛ الشّيرازي، **المهذّب**...ج2 ص297؛ ابن قدامة، **المغني**...ج11ص407.

(2) انظر: النّووي، **روضة الطّالبين**...ج11ص129؛ الماوردي، نفسه؛ الشّيرازي، نفسه.

(3) انظر: رسالتي للماجستير بعنوان "**مقاصد النّظام القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة**" (قسم الشّريعة، كليّة العلوم الإسلاميّة والعلوم الاجتماعيّة، باتنة، سنة2001م، إشراف إسماعيل يحي رضوان) وقد حدّدت فيها مقاصده بخمسة هي على التّرتيب: (1) مقصد الالتزام بأحكام الشّريعة (2) مقصد تحقيق العدالة (3) مقصد حفظ الحقوق (4) مقصد حفظ نظام المجتمع (5) مقصد فرض سلطان الدولة وهيبتها، وقد بيّنت أولوية المقصد الأوّل والثّاني على سائر المقاصد الأخرى.

(4) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص64-65.

الشّريعة وقواعدها وقواعد العدالة فيها منكر يجب تغييره ممّن اطّلع عليه وكان مؤهّلا لذلك، ونقض حكم أو بعض أحكام بسبب ذلك ولظروف خاصّة لا يعني تعقّب القاضي في جميع أحكامه، وجلّ من لا يسهو ولا يخطأ.

ب- أن أحكام القاضي المستوفي لشروط القضاء محمولة على الصحّة، وأنّه لا ينقض من أحكامه ما كان يحتمل الصّواب، وأن أحكامه القضائيّة الصّادرة بناءً على اجتهاد فيما هو محلّ اجتهاد يحرم على غيره من القضاة نقضها باجتهادهم[1]، وهذا على اعتبار أنّ رأيه الذي اعتمده في الحكم راجح على رأي غيره باتّصاله بالقضاء، فلا ينتقض بما هو دونه[2]ولهذا فلا يتصوّر ذلك إلاّ في النّادر من الأحكام، ومثل هذا لا يضرّ القاعدة.

ويبدو لي أن ما برّر به الشّافعيّة قولهم بجواز تعقّب القضاة المؤهّلين للقضاء على اعتبار أنّه احتياط لا يصمد أمام النّظر الفاحص، ولا يقاوم واقع الزّمان والحال، فأمّا أنّه لا يصمد أمام النّظر الفاحص فلأنّ ما قد يترتّب من منفعة احتياط بتعقّب القضاة المؤهّلين في أحكامهم يعتبر منطويا على مفسدة وهي المساس بهيبة القضاء والتّشكيك في صحة أحكامه، وهذه مضرّة عامّة أعظم ممّا قد يتحقّق من مصلحة خاصّة متمثّلة في تصويب النّادر من الأحكام.

كما أنّه من المستقرّ في علم مقاصد الشّريعة والقواعد الفقهيّة أن دفع المضار أولى من جلب المصالح، ضف إلى ذلك أنّ المصلحة المترجاة من التعقّب مظنونة أو موهومة، بينما المضرّة الحاصلة به أكيدة، فترجّح قول الجمهور بمنع تعقّب القضاة المؤهّلين للقضاء كحكم عام.

أما أنّه لا يقاوم واقع الزّمان والحال، فإن تعقّب القضاة للاحتياط قد يكون ممكنا في عصر من قال به نظرا لقلّة الأقضية وندرة الأحكام، أمّا في زماننا فإنّ القضاة قاصرون ولو اجتهدوا في متابعة ما يطرح يوميا من قضايا وخصومات، فما بالك بتعقّب أحكام غيرهم، ولهذا فحتّى لو افترضنا أنّ القاضي مؤهّل في نظر الشّريعة علما وعدالة لتولّي منصب القضاء، وكان اللاّحق مثله، فإن كثرة أقضية النّاس وخصوماتهم تجعل واجب السّاعة بالنّسبة للاّحق هو معالجة ما يُطرح عليه من وابل الخصومات والنّزاعات الّتي يطرحها المجتمع ، لا الاشتغال بقضايا سبق الفصل فيها.

وهكذا يظهر رجحان القول بمنع تعقّب القضاة المؤهّلين للقضاء لما سبق ذكره من حكم مراعاة ومصالح مشهود باعتبارها.

---

(1) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص57؛ الباجي، **فصول الأحكام**...ص177؛ ابن أبي الدم، **أدب القضاء**...ص77؛ ابن قدامة، **المغني**...ج11ص407؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3 ص 478؛ الكاساني، **بدائع الصّنائع** ...ج7 ص14.

(2) انظر: الزيلعي، **تبيين الحقائق**...ج4 ص188.

ثانيا: حقّ الطّعن في الأحكام القضائيّة في الشّريعة الإسلاميّة.

1. اشتراط التظلّم لتعقّب القضاة في الفقه الإسلاميّ. رغم اتّفاق الفقهاء على تعقّب القضاة غير المؤهّلين للقضاء دون الحاجة إلى تظلّم الخصوم، فقد اختلف القائلون بجواز تعقّب المؤهّلين منهم، هل يحتاج إلى متظلّم أم لا؟، اختلف الشّافعيّة في جواز التعقّب من غير متظلّم على وجهين[1].

الأوّل: يجوز أن يتعقّبها لما فيه من فضل الاحتياط.

الثّاني: لا يجوز له أن يتعقّبها، لأنه يتشاغل بماض لم يلزمه عن مستقبل واجب عليه.

ويرى الحنابلة[2] أن الحقوق نوعان: فأمّا ما غلب فيه حقّ الله تعالى فلا يحتاج إلى متظلّم، وأمّا ما غلب فيه حقّ العبد فيحتاج إلى تظلّم، لأنّ الحاكم لا يستوفي حقوق الآدميين ممن لا ولاية له عليه إلا بالمطالبة.

والحقيقة أنّه لا يمكن اعتبار رأي الفريقين (الفريق القائل بمنع التعقّب والفريق القائل بجوازه) على النّقيض تماما، بل إنّهما يلتقيان أكثر ممّا يفترقان، وبيان ذلك كما يلي:

إنّ القائلين بمنع تعقّب القضاة المؤهّلين للقضاء كقاعدة عامّة رغم أنّهم منعوا كشفها والتعرّض لها إلاّ على وجه التّجويز إن عرض فيها عارض بوجه خصومة، إلاّ أنهم قرّروا وجوب نقض الحكم القضائيّ في أحوال معيّنة ولو صدرت من القاضي العدل العالم[3]، وهذا النّقض الذي قصدوه يكون بناءً على اطّلاع القاضي على هذا الحكم المستوجب للنّقض دون قصد التعقّب منه كما سبق بيانه، ولمّا كان هذا النّقض لمصلحة الشّرع بأن كان الحكم مخالفا لنصّ الكتاب أو السنّة أو الإجماع أو القياس، فإنه يكون واجبا شرعا على كلّ من اطّلع عليه (بما في ذلك خصوم الدّعوى المحكوم فيها) أن يسعى لنقضه، لأنه من المنكر الواجب تغييره.

ومن هنا يتبيّن أنّ القائلين بمنع تعقّب القضاة المؤهّلين للقضاء يجيزون التظلّم من الخصوم متى كان الحكم مخالفا لما سبق بيانه، إلاّ أنهم لا يكتفون بمجرّد التظلّم، بل يشترطون أن يتوافر التظلّم على ما يدلّ على وقوع خطأ في الحكم المتظلَّم منه، ولهذا قال ابن فرحون في نقض القاضي أحكام القاضي العالم العدل:

---

(1) انظر: الماوردي، **الحاوي**...ج20 ص 242؛ الشّيرازي، **المهذّب**...ج2 ص297.

(2) انظر: ابن قدامة، **المغني**...ج11ص407؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**...ج3 ص478.

(3) سبق توضيح ذلك عند الحديث عن حالة وجوب نقض الحكم القضائيّ ص 38-40 من هذا البحث

"...إن ظهر له خطأ بيِّن لم يُختلف فيه وثبت ذلك عنده، فيردّه ويفسخه عن المحكوم به عليه"[1] ومثله عند الطّرابلسيّ الحنفيّ[2].

فتبيّن أن ما لا يُتعقّب من أحكام القضاة العلماء العدول هو ما جُهل من الأحكام هل وافق الحقّ أو خالفه، لأنّه محمول كلّه على الصّواب، وهو الوجه الذي يُرفض فيه تظلّم الخصم، ولا تسمع دعواه، أمّا حالة الخطأ البيّن الذّي يظهر في الحكم، أو يبيّنه الخصوم، فإن تظلّم الخصم فيه يُقبل ودعواه تُسمع[3]، ولا يتأتّى في الحقيقة للخصم أن يبيّن ما في الحكم من خطأ إلاّ أن يمنح مكنة الطّعن فيه، إلاّ أنه لا يُجاب إلى طعنه، ولا يعاد نظر الدعوى إلاّ إذا كان له ما يشهد بوقوع خطأ في الحكم الأوّل مستوجب للنّقض.

فخلص لنا أنّ القائلين بمنع تعقّب القضاة المؤهّلين للقضاء يضيّقون من فرص التظلّم من الخصوم في الحكم، فلا يجعلون ذلك لمجرد طلب الخصوم، بل يشترطون أن يكون للخصوم ما يشهد لهم من الأدلّة والقرائن على وقوع خطأ في الحكم مستوجب للنّقض، وهم في نفس الوقت لا يقصرون النظر في الأحكام على تظلّم الخصوم، بل إنّ اكتشاف القاضي اللاّحق لخطأ الحكم السّابق دون قصد الكشف يجعل له مُكنة نقض ما هو مستوجب النقض.

وهذا الرأي في الحقيقة يكاد يتطابق مع رأي اتّجاه عند الشّافعيّة القائلين بجواز التعقّب بشرط التظلّم، لأنّ كلاهما يفتح للقاضي اللاّحق فرصة النّظر في حكم السّابق بسبب التظلّم من الخصوم، إلاّ أنّ الأوّل يشترط أن يكون الخصم حائزا على ما يدلّ على خطأ في الحكم لنظره، ولا يشترط الثاني ذلك، كما يتّفق الجميع على أنّ منح مُكنة التظلّم للخصوم من حكم القاضي لا يعني إعادة نظر القضيّة من القاضي اللاّحق بشكل لا يعتبر فيه قضاء السّابق، إذ لا يجوز المساس بحكم القاضي المؤهّل للقضاء إذا كان قضى كما هو مجمع عليه، أو قضى بناءً على اجتهاد فيما هو محلّ اجتهاد بحكم قضائيّ، فيحرم على غيره من القضاة نقضه باجتهادهم[4].

كما يتّفق الجميع على أن نقض الحكم القضائيّ المخالف للكتاب والسنّة والإجماع واجب لا يتوقّف على شيء، وأنّ للحاكم أو القاضي اللاّحق نقضه متى اطّلع عليه، وكذلك للخصوم طلب نقضه[5].

---

(1) **التّبصرة**...ج1 ص64.

(2) انظر: **معين الحكّام**...ص 30.

(3) انظر: الطّرابلسيّ، نفسه.

(4) انظر: ابن فرحون، نفسه، ج1ص57؛ ابن أبي الدّم، **أدب القضاء**، ص77؛ ابن قدامة، **المغني**، ج11ص407؛ الكاساني، **بدائع الصّنائع**...ج7 ص14؛.

(5) انظر: ابن فرحون، نفسه، ج1 ص56؛ ابن أبي الدم، نفسه؛ ابن قدامة، نفسه؛ المرغيناني، **الهداية**...ج7 ص300.

وهكذا تتوضّح قيمة التظلّم من الخصوم في تعقّب أحكام القضاة، ويمكن تلخيصها في نقاط هي:

1–لا يتوقف تعقّب القضاة الجهّال أو الجائرين على تظلّم، بل يجب تعقّبها من القاضي اللاّحق.

2–لا يُشترط تظلّم الخصوم لتعقّب ونقض الحكم المخالف لنصوص الشّريعة والإجماع، وهذا قدر متّفق عليه بين الفقهاء.

3– يجيز القائلون بمنع تعقّب القضاة العدول التظلّم بشرط أن يتوافر لدى المتظلّم ما يدلّ على خطأ في الحكم يستوجب نقضه، وإلاّ لا تُسمع دعواه.

4– يشترط بعض الشّافعيّة المجيزين لتعقّب القضاة العلماء العدول تظلّم الخصوم، بينما لا يشترطها البعض الآخر، بينما يقصر الحنابلة اشتراط التظلّم على حقوق العباد لجواز التعقّب، ولا يشترطونه مطلقا في حقوق الله.

2. درجات التّقاضي في النّظام القضائيّ الإسلاميّ. لقد كان ما اعتمده القائلون من منع تعقّب الأحكام القضائيّة دون متظلّم وتضييق فرص التعقّب بسبب التظلّم سندا للقائلين بأنّ التّقاضي في النّظام الإسلامي على درجة واحدة وأنّه لا تجوز إعادة فحص النّزاع بعد الحكم فيه إلاّ في حالات محدّدة ومحصورة، وهي بهذا الشّكل لا تعدو أن تكون حالات لطلب تمييز الحكم تضاهي حالات طلب النّقض الموجودة في القانون.

أ– عرض الآراء حول المسألة: وهو ما يردّده بعض الباحثين المعاصرين حيث يقول محمّد نعيم ياسين: "وأمّا في الفقه الإسلامي، فالأمر مختلف من حيث أن قوّة الحجيّة الّتي يتمتّع بها الحكم القضائيّ الصّادر وفق الشّروط الشّرعيّة لا تختلف قوّة وضعفا باختلاف المراحل التيّ يمرّ فيها الحكم، وإنّما يحوز الحكم القضائيّ الصّحيح حجيّة ذات قوّة محدّدة من أوّل الأمر"[1]، فإنّ عبارته صريحة في أنّ الحكم القضائيّ متى صدر ينال الحجيّة والقوّة معا، ولا يتعلّق ذلك بمراحل يمرّ عبرها الحكم، ومعنى هذا إنكار إمكانيّة استئناف الحكم للبحث فيه مجدّدا لمجرد عدم اقتناع المحكوم عليه به.

ويجد هذا الطّرح المحضن الخصب في عبارات الفقهاء الّتي تطلق امتناع التّعقب مطلقا، ولو بطلب الخصوم ما دام الحكم قد صدر وفق الشّروط والإجراءات الشّرعيّة و لم يتبيّن وجود خطأ جسيم يستدعي تعقّب هذا الحكم، حيث يعتبر هؤلاء الفقهاء أنّه متى اتّصل اجتهاد القاضي بحكم فقد أصبح راجحا، وهو ما لم يخالف كتابا ولا سنّة ولا إجماعا واجب النّفاذ، ولا ينتقض بما دونه، وعلى القاضي أن يمتنع عن نظر

---

(1) حجيّة الحكم القضائيّ...عدد3، ص137.

الدّعوى إذا رفعت إليه [1]، وقد قال ابن فرحون:"...فأمّا العالم العدل فلا يتعرّض لأحكامه بوجه، إلاّ على وجه التّجويز لها إن عرض فيها عارض بوجه خصومة"[2]، وقال الطّرابلسيّ: "لا يجوز للقاضي أن ينظر في أقضية غيره"[3]، وقال الدّردير: "حكم القاضي العدل لا يتعقّب"[4]، فهذه العبارات ومثيلتها تمنع التعقّب مطلقا بما في ذلك حالة طلب الخصوم.

بينما كان ما اعتمده القائلون بجواز تعقّب الأحكام القضائيّة ولو صدرت من القاضي العالم العدل، وبالخصوص إذا كان ذلك بسبب تظلّم المحكوم عليه سندا للقائلين بأنّه لا يوجد ما يمنع من أن يكون التّقاضي في النّظام الإسلاميّ على درجتين، وأنّه يجوز إعادة فحص النّزاع بعد الحكم فيه خاصّة مع قيام التظلّم، وهذا التعقّب ما دام لا يتقيّد بحالات محدّدة فإنّه يكون بمثابة استئناف كما هو الحال عليه في القانون الوضعيّ.

وهو ما يردّده بعض الباحثين المعاصرين حيث يقول حامد محمد أبو طالب: "...الحقيقة أنّ هذه العبارات [عبارات الفقهاء السّابق ذكرها] لا تمنع من عرض أحكام القضاة حتى ولو كانوا معروفين بالعدل على قضاة آخرين، فهي تمنع القضاة اللاّحقين من التّعرّض لأحكام القضاة السّابقين من تلقاء أنفسهم، ولكن يجوز عرض أحكام هؤلاء القضاة من الخصوم على قضاة آخرين، وذلك إذا وقعت في أحكامهم خصومة أو تبيّن وجه فساد أحكامهم فتعرض على قاض ثان...بل يجوز عرض الأمر على قاض آخر حتى لمجرّد أنّ أحد الخصوم لم يقتنع بما توصّل إليه القاضي..."[5].

وهي نفس النتيجة التي انتهى إليها نبيل إسماعيل عمر حيث يقول: "يجوز عرض الحكم على قاض آخر إذا كان أحد الخصوم لم يقتنع بما توصّل إليه القاضي الأول..."، ثمّ يقول: "... لا يوجد مانع يحول بين إمكانيّة مراجعة الأحكام في الشّريعة الإسلاميّة سواء تمّت هذه المراجعة من القاضي الذّي أصدرها أو من قاض أعلى منه..."[6].

(1) انظر: الباجي، **فصول الأحكام**...ص178؛ ابن أبي الدم، **أدب القضاء** ص77؛ ابن قدامة، **المغني**، ج11ص407؛ الزّيلعي، **تبيين الحقائق**...ج4 ص188؛ الميرغيناني، **الهداية**...ج7ص300؛ الطّرابلسيّ، **معين الحكّام**...ص34.

(2) **التّبصرة**، ج1 ص64.

(3) نفسه، ص30.

(4) **الشّرح الكبير**، ج4 ص153.

(5) **التنظيم القضائيّ الإسلاميّ**، ص63.

(6) **أصول المرافعات الشرعيّة**...ص46.

ويجد هذا الطّرح المحضن الخصب في عبارات الفقهاء الّتي تُطلق إمكانية تعقّب الأحكام القضائيّة حال تظلّم الخصوم، يقول الإمام الشافعيّ: "وليس على القاضي أن يتعقّب حكم من كان قبله، فإن تظلّم محكوم عليه ممن قبله نظر فيما تظلّم فيه"[1] بل إنّ الحنابلة[2] وفريق من الشّافعيّة[3] أجازوا التعقّب من غير متظلّم.

ب– عرض أدلّة الفريقين. استدلّ المجيزون لتعدّد درجات التّقاضي في الشّريعة الإسلاميّة وإمكانيّة إعادة طرح النّزاع بناء على طلب الخصوم بدليلين هما:

1. ما رواه عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه قال: "بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن فانتهينا إلى قوم قد بنوا زُبية للأسد فبينما هم كذلك يتدافعون إذ سقط رجل فتعلّق بآخر ثمّ تعلق الرّجل بآخر حتّى صاروا فيها أربعة فجرحهم الأسد فانتُدب له رجل بحربة فقتله، وماتوا من جراحتهم كلّهم فقام أولياء الأوّل إلى أولياء الآخر فأخرجوا السّلاح ليقتتلوا فأتاهم عليّ رضي الله عنه على تفئة ذلك فقال: تريدون أن تقتتلوا ورسول الله صلى الله عليه وسلم حيّ، إنّي أقضي بينكم قضاء إن رضيتم به فهو القضاء وإلاّ حُجر بعضكم على بعض حتّى تأتوا النبيّ صلى الله عليه وسلم فيكون هو الّذي يقضي بينكم فمن عدا بعد ذلك فلا حقّ له، اجمعوا من قبائل الّذين حضروا البئر ربع الدّية وثلث الديّة ونصف الديّة والديّة كاملة، فللأوّل ربع الديّة لأنّه هلك من فوقه ثلاثة، وللثّاني ثلث الديّة، وللثّالث نصف الديّة، وللرّابع الديّة كاملة. فأبوا أن يرضوا فأتوا النبيّ صلى الله عليه وسلم وهو عند مقام إبراهيم فقصّوا عليه القصّة فأجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم"[4].

ووجه الدّلالة من الحديث أنّ عليّا رضي الله عنه قال للخصوم: "إنّي أقضي بينكم قضاء إن رضيتم به فهو القضاء وإلاّ حجزت بعضكم عن بعض حتّى تأتوا النبيّ صلى الله عليه وسلم فيكون هو الّذي يقضي بينكم" فإنّ قوله هذا يدلّ على حقّ الخصوم في إعادة عرض دعواهم أمام قاض أعلى درجة من القاضي مصدر الحكم حال عدم اقتناعهم بحكم القاضي الأوّل، وفي إعادة سماع رسول الله صلى الله عليه وسلم لدعواهم مرّة ثانية دليل قاطع على ما تقدّم لعلمه بسبق الفصل من عليّ رضي الله عنه في الخصومة، وبهذه الرّواية تمسّك بعض الباحثين بجواز عرض الدّعوى مرّة ثانية، وحقّ الخصم في ذلك دون توقّف على خطأ ما في فهم الوقائع أو في إجراءات الحكم أو مطابقة الحكم لنصوص الشّريعة وقواعدها[5].

---

(1) **الأم**، ج 6 ص208.

(2) انظر: المرداوي، **الإنصاف**...ج11ص223؛ ابن قدامة، **المغني**، ج11ص407.

(3) انظر: الماوردي، **الحاوي**...ج20 ص242؛ الشّيرازي، **المهذّب**...ج2 ص257.

(4) رواه أحمد عن حنش بن المعتمر عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه (انظر: **المسند**، مسند عليّ بن أبي طالب، ح574، ج1ص124)، قال قال الشّوكاني: "لا نعلمه يروى إلاّ عن عليّ ولا نعلم له إلاّ هذه الطّريقة، وحنش ضعيف وقد وثّقه أبو داود، قال في مجمع الزّوائد: وبقيّة رجاله رجال الصّحيح (انظر: **نيل الأوطار**...ج7 ص234)، وأخرجه البيهقي بلفظ قريب(**السّنن الكبرى**، ح16732)

(5) انظر : حامد محمّد أبو طالب، **التنظيم القضائيّ الإسلاميّ**، ص64؛ نبيل إسماعيل عمر، **أصول المرافعات الشرعيّة**...ص46.

2. أنّ في إباحة التعقّب احتياطا لما يمكن أن يكون قد وقع فيه القضاة من الخطأ[1]، وهو جوهر نظام التّقاضي على درجتين[2].

وقد تمسّك القائلون بقيام نظام التّقاضي على درجة واحدة بما ينجرّ عن تعقّب الأحكام من مضارّ تتمثّل فيما يلي:

1. توهين منصب القضاء، قال ابن فرحون: "...في التعرّض لذلك ضرر بالنّاس ووهن بالقضاة"[3].

2. تجدّد الخصومات وإحياء النّزاعات الّتي درست بالحكم[4].

3. اشتغال القاضي بالماضي عن الحاضر، حيث ينشغل بقضايا خامدة بسبق الفصل فيها ممّا قد يمنعه من النّظر في القضايا الحالّة والنّزاعات المتأججة[5].

ويظهر لي باستعراض أدلّة الطّرفين ترجّح مذهب القائلين بإمكانيّة قيام نظام التّقاضي في الشّريعة الإسلاميّة على درجتين، وهذا للأسباب التّالية:

1. دلالة حديث عليّ رضي الله عنه في حادثة زُبية الأسد على إمكانيّة إعادة طرح النّزاع من طرف الخصوم أمام قاض أعلى درجة من القاضي مصدر الحكم، فإنّ عدم إنكار النبيّ ﷺ توجيه عليّ رضي الله عنه للخصوم عرض دعواهم عليه رغم أنّه قضى فيها، وعدم إنكاره على الخصوم فعل ذلك دليل قاطع على ما تقدّم، ومتى صحّ الحديث واستقام الاستدلال به فلم يبق لما تمسّك به المانعون من مصلحة محلّ اعتبار.

2. أنّ فيما استدلّوا به لمنع تعقّب الحكم القضائيّ من مفاسد يطلب دفعها نظرا ونقاشا، فإنّ توهين منصب القضاء وفقدان الثّقة به كما هو حاصل بتعقّب الحكم القضائيّ حاصل أيضا بمنع الخصوم مطلقا من إعادة عرض دعواهم رغم اعتقادهم بخطأ القاضي في تقدير الوقائع أو في صحّة الإجراءات أو تقدير ما يجب من حكم، والخروج من ذلك هو بمنحهم مكنة إعادة عرض الدّعوى ولكن بقدر محدود كالمرّة الواحدة.

كما أنّ في تعليلهم بمنع تجديد النّزاعات وإحياء الخصومات نظرا إذا كانت الخصومة ما تزال في حقيقة الأمر متأجّجة في صدر المحكوم عليه، فالعبرة هنا بانتهاء الخصومة فعليّا لا مجرّد انتهائها حكما.

---

(1) انظر: النّووي، **روضة الطّالبين**...ج11ص129؛ الماوردي، **الحاوي**...ج20ص242؛ الشّيرازي، **المهذّب**...ج2ص297.

(2) انظر: حامد محمّد أبو طالب، نفسه، ص61-62.

(3) **التّبصرة**، ج1ص65. (انظر أيضا: الطّرابلسيّ، **معين الحكّام**...ص30).

(4) **انظر: شرح الزّرقاني على مختصر خليل**، ج7ص144.

(5) انظر: الماوردي، نفسه؛ الشّيرازي، نفسه؛ ابن قدامة، **المغني**، ج11ص407.

كما أنّ في تعليلهم باشتغال القاضي عن حاضر الخصومات بماضيها نظرا مفاده أنّ الخصومة إذا كانت لا تزال طريّة والحكم فيها ما زال حديثا فإنّ اشتغال القاضي بها لا يمكن عدّه من الاشتغال بالخصومات الدّارسة.

وليس في هذا تفنيد لما ذكروه وهم أصحاب القدم الرّاسخة في فقه الشّريعة وإدراك المصالح الّتي سعت إلى تحقيقها، وإنّما القصد هو بيان وجهة نظر في تحقيق المصالح الّتي قصدوها بوسيلة أكثر مرونة.

3. أنّ منع الفقهاء لتعقّب الأحكام القضائيّة ولو بتظلّم الخصوم إنّما خصّوا به قضاء العالم العدل، ومثل هذا القاضي إن توفّر في زماننا فهو نادر قليل، فإنّ ضعف الملكات وضعف الوازع الدينيّ هو سمة عصرنا.

وممّا تقدّم فإنّ ما ذكره المانعون لتعقّب الأحكام يكون منحصرا على زمن غير زماننا وبالتّالي فإنّ حال القضاة في الغالب الأعمّ لا يخرج عن عدّهم غير مجتهدين وغير عدول بالمعنى الدّقيق للاجتهاد والعدالة في مفهوم الفقه الإسلاميّ، وبناء على ذلك جميعا يظهر ترجّح القول بإمكانيّة قيام نظام التّقاضي في الشّريعة على درجتين، وهو يجد سنده في نصّ الحديث السّابق، وهو أليق بحال قضاة وخصوم هذا الزّمن، وأدعى لتحقيق مقاصد الشّريعة في نصب القضاء.

الفرع الثاني: عدم تعقّب القضاة في أحكامهم في القانون الوضعيّ.

لا يجيز القانون الوضعيّ تعقّب القضاة في أحكامهم إلاّ ضمن طرق محدّدة تسمّى بطرق الطّعن ، ووفق إجراءات وآجال محدّدة، كما أنّه قصر مكنة الطّعن على أطراف الخصومة المحكوم فيها على اعتبار أنّهم هم من كان لهم حقّ المطالبة القضائيّة، إذ أنّ لصاحب المصلحة أن يرفع الدّعوى ابتداءً، وله أن يطلب إلغاء الحكم بأن يطعن فيه متى صدر الحكم في الدّعوى.

وهكذا، فإنّ الحديث عن تعقّب القضاة في القانون الوضعيّ يعني الحديث عن إعادة نظر الدّعوى بسبب الطّعن المتقدّم من الخصوم، وهو ما يرتبط ارتباطا وثيقا بمبدأ الطّلب في مباشرة الوظيفة القضائيّة.

وبعبارة أبسط فإنّه لا يمكن تعقّب القاضي في القانون الوضعيّ وفحص حكمه قصد تقرير صحّته أو إلغائه إلاّ بناءً على الطّعن فيه وفق ما حدّده القانون من إجراءات، ولا يكون لطرف ما أن يطعن في الحكم إلاّ إذا كان معنيّا بالمطالبة القضائيّة ابتداءً.

لأجل ذلك رأيت أنّه من الضروريّ لتوضيح فكرة تعقّب القضاة في القانون الوضعيّ أن أتعرّض لفكرتين أساسيتين وهما: فكرة المطالبة في مباشرة الوظيفة القضائيّة وفكرة حقّ الطّعن في الأحكام القضائيّة.

وليس المطلوب التعرّض لهما تفصيلا لأنّ ذلك ممّا لا يسعه المقام، وإنّما بشكل مختصر قدر ما يسعفني في تلمّس فكرة تعقّب القضاة في القانون الوضعيّ، ولهذا فقد تناولت هذا الفرع كما يلي:

أوّلا: مبدأ الطّلب في مباشرة الوظيفة القضائيّة.

يعتبر الحديث عن عدم تعقّب القضاة في القانون الوضعيّ شديد الارتباط بما يعرف بمبدأ الطّلب في مباشرة الوظيفة القضائيّة، حيث لا يعرض القاضي لمنازعة أو خصومة من تلقاء نفسه، كما لا يتصدّى للطّعن فيها بمبادرة منه، ولا يقتصر هذا المبدأ عن هذا الحدّ، بل إنّ "الطّلبات في الدعوى تشكّل الحدود الابتدائيّة لحجيّة القرار الفاصل فيها"[1] بحيث أنّه لا يحوز الحجيّة من الأحكام القضائية إلاّ ما ارتبط بطلبات موضوعيّة يطرحها الخصوم وتبحثها المحكمة.

---

(1) أحمد ماهر زغلول، **أعمال القاضي**... ص372.

وهذا المبدأ الذّي مفاده تقيّد القاضي بطلبات الخصوم يستند في حدّ ذاته إلى مبدأ مهمّ يحكم نشاط القاضي في الخصومة القضائيّة المدنيّة وهو مبدأ حياد القاضي، ممّا يدلّ على أنّ القانون الوضعيّ يعتمد كمبدأ عام عدم تعقّب القضاة في أحكامهم.

ورغم أنّ القاضي الجنائيّ لا يشترط فيه التقيّد بما تطلبه النّيابة العامّة من عقوبة على المتّهم، فيمكن له أن يحكم بالبراءة كما يمكن أن يحكم بعقوبة أشدّ ممّا طلبته النّيابة، إلاّ أنّه يبقى مقيّدا بما تضمّنته الإحالة من وقائع وكذا من متّهمين، فلا يمكن أن يحكم في وقائع غير الواردة في الإحالة، كما أنّه لا يحكم على غير المتّهم المحال إليه.

1. مفهوم مبدأ الطّلب في مباشرة الوظيفة القضائيّة. يعتبر مبدأ الطّلب من المبادئ العامة التي تحكم الخصومة، بحيث أنّ القاضي لا ينظر في خصومات النّاس من تلقاء نفسه، بل لا بدّ من طلب يعرض عليه وفق قواعد وإجراءات يحدّدها القانون، كما أنّ الطّلب يحدّد سلطة القاضي في نظر الدّعوى، أو في نظر الطّعن. بحيث أنّه ليس للقاضي أن يقضي بما لم يطلبه الخصوم ولا بأزيد ممّا طلبوه[1].

ويعرّف الطّلب القضائي بأنّه "عمل إجرائيّ يتضمّن طرح ادّعاء المدّعي أمام القاضي لكي يحقّقه ويفصل فيه"[2]، ويعتبر الطّلب القضائيّ محلّ اعتبار إذا كان مقدّما من أحد الخصوم إلى المحكمة قصد إصدار حكم يتعلّق بوجود حقّ أو مركز قانونيّ أو نفيه أو ترتيبه لآثاره قبل خصمه[3].

ولهذا فلا يعدّ ما يثيره الخصوم من تقريرات أو أوجه دفاع لا تفيد المطالبة بإصدار حكم أو قرار بشأنها أو مؤسّس عليها طلبات قضائيّة معتبرة، وغاية ما يلزم في الطّلبات أن تكون صريحة وجازمة تدلّ على إصرار الطّالب على طلبه وتمسّكه به[4].

وقد يتمثّل الطّلب في شكل دفع يبديه أحد الأطراف، وتعتبر الدّفوع الوجه السلبيّ للطّلبات، وقد تُغيّر الدّفوع في مضمون الطّلبات، كأن يُدفع في دعوى القسمة بالمنازعة في الملكيّة، فيطرح على المحكمة طلبا جديدا بالفصل في مسألة الملكيّة.

---

(1) قضت محكمة النّقض المصريّة بأنّه "يتعيّن على محكمة الموضوع أن تلتزم بطلبات الخصوم وسبب الدّعوى" (نقض 1977/11/1، المجموعة 120، 28-1681) (نقلا عن: أحمد ماهر زغلول، **أعمال القاضي**...ص374)

(2) وجدي راغب فهمي، أحمد ماهر زغلول، يوسف يوسف أبو زيد، **مبادئ القضاء المدنيّ**، ص1302.

(3) انظر: أحمد ماهر زغلول، نفسه، ص376.

(4) انظر: نفسه.

فيكون المقصود بمبدأ الطّلب في مباشرة الوظيفة القضائيّة هي توقّف ممارسة القاضي لوظيفته على طلب يقدّم من طرف الخصوم بحيث يمتنع عليه نظر الخصومة من تلقاء نفسه[1].

فالمطالبة القضائيّة تعتبر المحرّك الأوّل للنّشاط القضائيّ، وهي أوّل عمل في الخصومة، ومعنى هذا أنّ القاضي لا يحقّ له التّعرّض للنّزاع دون طلب من الخصوم ولو علم بوجود النّزاع بين الطّرفين، وهذا عائد إلى ضرورة ضمان حياد القاضي في النّزاع، كما أنّ حماية حقوق الأشخاص بالقضاء تتوقّف على إرادة أصحابها من خلال الطّلب[2]، وهكذا فإنّ البدء بالخصومة أمر يتوقّف على إرادة الخصوم وكذلك تسييرها وتصريفها يعتمد في الغالب على نشاطهم فيها، والسّبب في ذلك أن الأشخاص هم من يقدّرون حاجتهم في اللّجوء للقضاء لطلب الحماية وذلك من خلال الطّلب القضائيّ، ولهذا فمتى قدّر المدّعي التنازل عن الدّعوى المدنيّة لم يكن للقاضي الاستمرار في نظر الدّعوى[3]،

وتتضمّن عريضة الدّعوى الطّلبات الأصلية التي تطرح على المحكمة وفق الإجراءات المحدّدة قانونا لرفع الدّعاوى، كما يمكن تقديم طلبات عارضة من المدّعي أو المدّعى عليه أو الغير (المواد 94-95-96 من قانون الإجراءات المدنيّة) وتؤثّر على موضوع الدّعوى وعلى أطرافها.

ويشترط لقبول الطّلبات العّارضة شرطان أساسيان هما:1- ارتباطها بالطّلبات الأصليّة 2-إذن المحكمة، وخلاصة الأمر أنّه يشترط لاعتبار الطّلبات الأصليّة أو العارضة أن يتمّ طرحها وفق الإجراءات المحدّدة قانونا، وإلاّ لم تعدّ طلبات قضائيّة ملزمة للمحكمة للفصل فيها.

كما أنّ الطّلبات الأصليّة قد تتعدّد ما دام بينها صلة وارتباط في نظر محكمة الموضوع بحيث تنظرها معا، كما أنّ الطّلب الضّمني يمثل صورة لتعدّد الطّلبات المطروحة على المحكمة، فإنّ طلب الحكم بالنّفقة الزوجيّة يتضمّن طلبا بالحكم بعقد الزواج إذا لم يكن قد تمّ تسجيله، وقد تترافق مع الطّلبات الأصلية طلبات احتياطيّة يتوقّف الفصل فيها على نتيجة الفصل في الأولى، بحيث لا تعدّ الطّلبات الاحتياطيّة مطروحة على المحكمة للفصل فيها إلاّ في حالة رفض الطّلب الأصليّ.

2. مظاهر إعمال مبدأ الطّلب في العمل القضائيّ. يظهر مبدأ الطّلب في العمل القضائيّ من خلال جملة من القواعد الإجرائيّة التي يتضمّنها القانون، من أهمّها:

---

(1) انظر: فتحي والي، **الوسيط**...ص490.

(2) انظر: وجدي راغب فهمي، أحمد ماهر زغلول، يوسف يوسف أبو زيد، **مبادئ القضاء المدني**، ص1302-1303.

(3) انظر: فتحي والي، **الوسيط**...ص490.

أ- تقيّد المحكمة بطلبات الخصوم في الدّعوى المدنيّة بحيث لا تملك الحكم بشيء لم يطلبه الخصـــوم، ولا بأزيد ممّا طلبوه، لأنّ موضوع الدّعوى يتحدّد بما يطلبه الخصوم، ولا تملك المحكمة إلا إجابة الطّلبات أو رفضها[1].

ب- ليس للمحكمة أن تحكم على شخص أو لمصلحته إذا لم يكن طرفا في الطّلب الذي قدّم إليها[2].

ج- لا تملك المحكمة حقّ التعديل أو الإضافة أو الحذف في طلبات الخصوم، وإن كانت تملك التّغـــيير في الوصف القانونيّ لطلبات الخصوم.

3. حدود إعمال مبدأ الطّلب في العمل القضائيّ. رغم أهميّة مبدأ الطّلب في مباشرة العمـــل القضائيّ إلاّ أنّ ذلك لا يعني إلغاء أيّ دور للقاضي تجاه الخصومة، كما لا يعني إغفال القانون في مواجهـــة طلبات الخصوم، ولهذا فإنّ لمبدأ الطّلب في مباشرة العمل القضائيّ حدودا يمكن تمييزها فيما يلي:

1-الدّور الإيجابيّ للقاضي في الخصومة بحيث يتاح له التدخّل في معالجة بعض نواحي القصور في الخصـــومة، وكذا دوره في إجراءات التّحقيق والإثبات، وسلطته في تكييف طلبات الخصوم والوقـــائع المطروحـــة في الدعوى[3]، إلاّ أنّه تطبيقا لمبدأ حياد القاضي فإنّه يظلّ مقيّدا بالوقائع التي يطرحها الخصـــوم وبالطّلبـــات المقدّمة، كما أنّ الدور الإيجابيّ يبقى مقيّدا بالنصّ الذي يتيح للقاضي هذا الدّور في الخصومة.

2-مسائل النّظام العام. حيث تُعدّ مطروحة على المحكمة بقوة القانون بحيث تقضي فيها من تلقاء نفسها دون حاجة إلى طلب يُقدّم من الخصوم[4]، وتطبيقا لذلك فقد قضت المادّة 102 من القانون المدنيّ الجزائريّ بأنّ للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان العقد بطلانا مطلقا.

ثانيا: حق الطّعن في الأحكام القضائيّة.

يُعتبر حقّ الطّعن في الأحكام القضائيّة تجسيدا لمبدأ التّقاضي على درجتين[1] وامتـــدادًا لحـــقّ الطّلـــب القضائيّ، بحيث أنّ الطّعن يعتبر طلبا قضائيّا بإلغاء الحكم القضائيّ الصّادر في الدّعوى كلّه أو بعضه، ولّما كان

(1) انظر: أحمد ماهر زغلول، **أعمال القاضي**...ص373.

(2) انظر: فتحي والي، نفسه، ص491.

(3) انظر: أحمد ماهر زغلول، **أعمال القاضي**...ص373.

(4) أحمد ماهر زغلول، نفسه، ص374.

تعرّض القضاء لما سبق الحكم فيه بسبب الطّعن هو الصّورة العمليّة لتعقّب القضاة في أحكامهم في القـــانون الوضعيّ فإنّ الحديث عن حق الطّعن والجهة المباشرة له وحالاته وما يرتبط به وثيق الصلة بالتّعقب، علـــى أن الموضوع كثير المباحث، متعدد المسائل، ولهذا فإنّني أقتصر على بعض مباحثه بشكل مختصر جـــدا، ومركّـــزا على ما يقدّم صورة لهذا التعقّب في القانون الوضعيّ.

(1) تنصّ المادّة 06 من المشروع المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة إلى أنّه "المبدأ في التّقاضي أنّه على درجتين ما لم ينصّ القانون على خلاف ذلك".

***1. ماهية الطّعن في الأحكام القضائيّة.* يعرّف الطعن بأنّه عبارة عن تظلّم في الحكم، يرفع من أحد أطراف الخصومة[1]، ويتوضّح من خلال هذا التّعريف بأنّ حقّ الطّعن هو عبارة عن حقّ إجرائيّ، ينشأ لأطراف الخصومة إثر صدور الحكم، فيمنحهم رخصة طلب تصحيح الحكم أو إلغائه.**

ويكون الطّعن إمّا موجها لقرار المحكمة ذاته، كأن تخطئ في استخلاص الوقائع أو تقديرها أو تطبيق القانون عليها، وإمّا موجها للإجراءات وللأوضاع التي رافقت إصدار القرار، كأن تكون المحكمة غير مختصّة بنظر الدّعوى التي حكمت فيها[2].

وبغضّ النّظر عن صواب هذا التّقدير من طرف الطّاعن أو خطئه فإنّ الجهة الموجّه إليها الطّعن مطلوب منها نظره بمراجعة ما تمّ الحكم به حسب ما يقتضيه الحال، فإذا كان الطّعن موجها إلى ذات المحكمة الّتي أصدرت الحكم قصد سحبه فإنّه يُطلب منها إعادة النّظر فيه، ويكون ذلك بطريقة المعارضة أو التماس إعادة النّظر، وإن كان موجّها إلى محكمة أعلى من الّتي أصدرته فإنّه يطلب منها الفصل من جديد في موضوع الدّعوى كحالة الاستئناف، أو يطلب منها نقض الحكم المطعون فيه إذا كان مخالفا للقانون دون الفصل في الموضوع كحالة الطّعن بالنّقض[3].

وتظهر الحكمة من تقرير القانون الوضعيّ لمبدأ الطّعن في الحكم القضائيّ في أمور أهمها:[4]

1-إعطاء فرصة للقضاء لتصحيح ما يشوب الحكم من أخطاء إجرائيّة أو موضوعيّة، إذ أنّ القاضي لا يسلم من الخطأ في تقدير الوقائع وتحديد القانون واجب التطبيق[5]، فيكون تقرير مبدأ الطّعن حافزا للقاضي على الاجتهاد في دراسة القضيّة قبل الحكم فيها وعلى التتزّه من الأغراض حتى لا تكون أحكامه معرّضة للإلغاء والتّبديل والنّقض، وفرصة لمراجعة هذه الأحكام وتصحيحها حتى تستقيم وفق القواعد الإجرائيّة الموضوعيّة.

---

(1) انظر: وجدي راغب فهمي، أحمد ماهر زغلول، يوسف يوسف أبو زيد، **مبادئ القضاء المدنيّ**، ص1512؛ أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص583.

(2) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظرية الأحكام**...ص730.

(3) انظر: نفسه، ص 731.

(4) انظر: أحمد هندي، نفسه، ص583و586؛ عبد الحكم فوده، **موسوعة الحكم القضائيّ**...ص2609؛ أحمد أبو الوفا، نفسه.

(5) GASTON STÉFANI, GEORGES LEVASSEUR, BERNARD BOULOC, **Procédure pénale**, Dalloz, 16ème éd. , 1996. p.748

2- إعطاء فرصة للخصوم في عرض ما غفلوا عن عرضه من دفوع، أو إقناع القاضي المطعون أمامه بما لم يقتنع به القاضي المطعون في حكمه من أدلّة ودفوع، وفي ذلك إرواء لنفوس المتقاضين وإخماد لما قد تثور في نفوسهم من مشاعر عدم الثّقة بعدالة أو قدرة القاضي المتصدّي أولا للحكم في الدّعوى.

3- ضمان تكيّف الحكم الصّحيح مع ما يجدّ بعد صدوره من واقع أو قانون، ويظهر ذلك في تعديل الحكم الجنائيّ إذا صدر قانون أصلح للمتّهم عند الطّعن فيه مثلا.

ويمارس الطّعن عبر طرق الطّعن والّتي تعرف بأنّها الوسائل المحددة قانونا للتظلّم من الأحكام من طرف الخصوم[1]، أو هي "الوسائل الّتي يهاجم بواسطتها الأطراف الحكم الصادر قصد تعديله أو إلغائه"[2].

ويعتبر تحديد هذه الوسائل على سبيل الحصر، بحيث لا سبيل للمساس بالحكم إلا عبر هذه الطرق، ولا يمكن رفع دعوى مبتدأة بطلب بطلانه، إذ الأحكام خلاف العقود[3]، كما أنه من النّظام العام، بمعنى أنه رغم أنّها لا يجب استعمالها، فإنّه ليس للأطراف التّنازل عنها ابتداءً[4] وهي مسألة تقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها[5].

وتنقسم طرق الطّعن إلى طرق طعن عادية (Les voies de recours ordinaires) وطرق طعن غير عادية (Les voies de recours extraordinaires)، بحيث تكون الأولى متاحة للأطراف دون قيد، ودون تحديد سبب معيّن للطّعن ويكون القصد منها إعادة طرح النّزاع على القضاء من جديد، وهذا عير المعارضة والاستئناف، بينما تكون الثّانية متاحة في حالات خاصة محدّدة قانونا، وبشرط استنفاد الطّاعن لطرق الطّعن العاديّة، ويكون القصد منها إمّا نقض الحكم في حال مخالفته للقانون عبر الطّعن بالنّقض أمام المحكمة العليا (محكمة النقض)، أو تعديله أو إلغاؤه في حال كونه مبنيّا على خطأ في الواقع عبر التماس إعادة النّظر أمام المحكمة مصدر الحكم[6].

---

(1) انظر: أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص584؛ أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص730.

(2) « Les procedures par lesquelles les parties attaquent une décision rendue afin de la faire modifier ou réformer sont les voies de recours» (GASTON STEFANI, GEORGES LEVASSEUR, BERNARD BOULOC, *op. cit.*, P.748)

(3) انظر: أحمد أبو الوفا، نفسه، ص739؛ أحمد هندي، نفسه، ص384.

(4) GASTON STEFANI, GEORGES LEVASSEUR, BERNARD BOULOC, *op. cit.*, P.749.

(5) نقض مدني مصريّ، 1977/4/6، طعن رقم 555 سنة 43 (نقلا عن: أحمد هندي، نفسه، ص587).

(6) أحمد هندي، نفسه، ص587؛ راجع الفروق بين طرق الطعن العادية وغير العادية (انظر: نفسه، ص588-589؛ أحمد أبو الوفا، نفسه، ص733-734)؛

Gaston Stéfani, Georges levasseur, Bernard Bouloc, *op. cit.*, p743.

2. صاحب الحقّ في الطّعن. ما تقدّم من الحديث عن ماهيّة الطّعن في الأحكام كان مقدّمة للوصول إلى الحديث عن صاحب الحقّ في الطّعن، وبالتّالي صاحب الحقّ في تحريك تعقّب القضاة في أحكامهم، وليس المقصود هو استعراض سائر شروط الطّاعن كما تعرضه كتب المرافعات، لأنّ ذلك ممّا يطول ويتشعّب به الحديث، وإنّما الوقوف عند نقطة معيّنة تتبلور من خلالها فكرة تعقّب القضاة في أحكامهم في القانون الوضعيّ على النّحو الّذي ظهرت به في الفقه الإسلاميّ، وهذه النّقطة تتمثل في اشتراط القانون أن يكون الطّاعن طرفا في الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه.

يظهر هذا الشّرط كأهمّ شرط يجب توفّره في الطّاعن[1] في الدّعوى المدنيّة، وقد سبق الإشارة إلى أنّ الخصوم هم أطراف الدّعوى الّذين مثلوا فيها بأنفسهم أو أنابوا عنهم غيرهم[2]، ولهذا فإنّ معنى الخصوم ينصرف ابتداءً إلى المدّعي والمدّعى عليه، إلاّ أنّه يمتدّ ليشمل المُدخل أو المتدخّل في الخصومة بشرط أن يكونوا خصوما حقيقيين، وذلك بأن تكون لهم مصلحة قانونيّة في صدور الحكم لأيّ من طرفي الدّعوى، وأن تكون قد وُجّهت إليهم طلبات، وطلب من المحكمة إلزامهم بها[3].

كما أنّ العبرة في عدّ شخص ما طرفا في الخصومة أم لا هي بصفته الّتي خاصم بها، ولهذا فإنّ حقّ الطّعن يكون لصيقا بالصّفة الّتي خاصم بها لا بالشخص نفسه، ولهذا ففي حالة تغيّر شخص الوكيل أو الوصيّ أو المقدّم فإنّ للشخص الجديد الطّعن في الحكم الّذي باشره الوكيل السّابق أو الوصيّ السّابق أو المقدّم السّابق بنفس الصّفة، وهذا على اعتبار أن الخصم الحقيقيّ هو الأصيل لا النائب بغضّ النّظر عن نوع النّيابة، ولهذا كان للأصيل الطّعن في الحكم الّذي صدر في الخصومة التي باشرها نائبه، لأنّ العبرة هي بالوحدة القانونيّة ولو اختلفت أشخاصهم الطبيعيّة[4].

---

(1) يشترط إضافة إلى هذا الشّرط ما يلي: 1- أن يكون للطّاعن مصلحة في الطّعن: فلا تكفي المصلحة الأصليّة الواجب توفّرها لقبول الدّعوى لمباشرة حقّ الطّعن، بل يجب توفّر مصلحة خاصّة في الطّعن، بأن يكون الطّاعن حكم عليه، أو أنّه حكم له بأقلّ ممّا طلب، وتكون العبرة بآخر طلباته قبل الحكم، ويعدّ وقت صدور الحكم المطعون فيه مناط تحقّق المصلحة أو عدمها. 2- عدم قبول الحكم: لأنّ قبول الحكم يفيد التّنازل عن الطعن فيه، وقد يكون القبول بالشّروع في تنفيذ الحكم اختيارا أو ترك الفترة المسموح الطعن فيها تنقضي دون أن يتقدّم بالطّعن. (انظر: أحمد هندي، نفسه، ص589-603؛ وجدي راغب فهمي، أحمد ماهر زغلول، يوسف يوسف أبو زيد، **مبادئ القضاء المدني**...ص1516-1522؛ أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص737-802).

(2) انظر: عبد الحميد الشّواربي، **حجيّة الأحكام**...ص137؛ أحمد أبو الوفا، نفسه، ص736.

(3) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضي**...ص292؛ أحمد هندي، نفسه، ص590 و592؛ أحمد أبو الوفا، نفسه، ص742.

(4) انظر وحدة الخصوم في الدّعوى المدنيّة، ص 350 من هذا البحث.

وهكذا فإنّ على الطّاعن أن يطعن بنفس الصّفة الّتي كانت له في الخصومة المحكوم فيهـــا، وإلا حكـــم بعدم قبول الطّعن لتغيّر الخصوم[1]، أمّا إذا زالت الصّفة الّتي خاصم بها فلا يجوز الطّعن في الحكم، ولهذا فـــإذا أقيمت الدّعوى من الحارس القضائيّ، وصدر الحكم عليه بهذه الصفة، ثمّ زالت هذه الصّفة قبـــل الطّعـــن في الحكم لم يجز له الطّعن فيه[2].

كما يعتبر الخلف العامّ والخلف الخاصّ أطرافا في الخصومة باعتبارهم ممثّلين عبر سلفهم، ولهذا فلهم حقّ الطّعن في الحكم الصّادر على سلفهم على اعتبار أنّهم يخلفونه ويتلقّون منه، أمّا إذا استندوا إلى غـــير ســـند الخلافة والتلقّي ككونهم ورثة، ويستعملون حقّا خاصا بهم كورثة لاحقا تلقوه من مورثهم، فإنّه لا يحقّ لهـــم الطعن في الخصومة التي باشرها سلفهم لأنّهم لا يشكّلون معه وحدة خصوم[3].

وكذلك الأمر بالنسبة للحكم الجنائيّ، فيشترط في الطّاعن أن يكون خصما في الدّعوى المحكوم فيهـــا إضافة إلى اشتراط أن يكون للطّاعن مصلحة يقصدها من طعنه[4]، ولمّا كانت النّيابة العامّة هي الّـــتي تباشـــر الادّعاء المتمثّل في إيقاع العقوبة على المتّهم، فهي بذلك طرف أصيل في جميع الدّعاوى الجنائيّـــة باعتبارهـــا مدّع، ولهذا فلا يثار أي إشكال في طعنها في الحكم الجنائيّ، بينما يعتبر المتّهم الطّرف المتغيّـــر في الـــدّعوى الجنائيّة وهو الشّخص الّذي تطلب إيقاع العقوبة عليه[5] وبالتّالي فإنّ الطّعن لا يكون لغيره كالطّرف المدنيّ لأنّه ليس خصما في الدّعوى الجنائيّة[6].

والعبرة هنا بذات المتّهم، لأنّه خلافا للدّعوى المدنيّة التي لا يُشترط فيها إلاّ وحدة الصّفة إذ أنّ القانون المدنيّ يقرّ بالنّيابة سواء أكانت اتّفاقيّة أم قانونيّة أم قضائيّة، فإنّ القانون الجنائيّ لا يعترف بالنّيابة في الاتّهام، فلا يصحّ أن يصدر حكم على شخص نيابة عن الآخر، وبالتّالي لا يصحّ أن يطعن شخص في حكم جنـــائيّ

(1) انظر: وجدي راغب فهمي، أحمد ماهر زغلول، يوسف يوسف أبو زيد، **مبادئ القضاء المدنيّ**...ص1514؛ أحمد هندي، **قـــانون المرافعات**...ص590؛ أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص757.

(2) أحمد هندي، نفسه، ص591).

(3) أحمد هندي، نفسه، ص590-591؛ وجدي راغب فهمي، أحمد ماهر زغلول، يوسف يوسف أبـــو زيـــد، نفســـه، ص1515-1516؛ أحمد أبو الوفا، نفسه، ص747-748.

(4) يقول عبد الحكم فوده: "لكي يتوافر للطّاعن شرط المصلحة يجب أن يكون قصده من الطّعن تعديل الحكم فيما أضرّ به، إذن يجب أن يكون قد خسر الدّعوى أو قضي عليه في جزء منها، ولذلك لا يقبل الطّعن ممن حكم ببراءته بحجّة أن أسباب الحكم قد اشتملت على أشياء لا ترضيه..." (**موسوعة الحكم القضائيّ**...ص2608).

(5) إدوار غالي الذّهبيّ، **دراسات في قانون الإجراءات الجزائيّة**، ص9-16.

(6) عبد الحكم فوده، نفسه، ص2612.

نيابة عن الآخر، ولو تقدّم أحد الشّركاء بالطّعن فإنّه لا يُعتبر الباقون طاعنين، ولا يستفيدون مما قد ينتج عن الطّعن[1].

وهكذا يتوضّح أنّه يُشترط للطّعن في الأحكام الّذي يكون سببا لإعادة فحصها كليّا أو جزئيّا أن يتقدّم بالطّعن من كان طرفا في الخصومة، وبعبارة أخرى فإنّه لا يملك القاضي فحص ومراقبة الأحكام القضائيّة الصّادرة من غيره من القضاة إلاّ إذا تظلّم منها أطراف الخصومة ذاتها لا غيرهم، بل إنّ المحكمة العليا أو محكمة النّقض لا تملك مراقبة حسن تطبيق القانون من تلقاء نفسها، بل يتوقّف عملها على طعن قدّم إليها، وبالتّالي فلا توجد جهة معيّنة يجوز لها تعقّب القضاة في أحكامهم دون وجود طعن في الحكم بحدّ ذاته على وجه التّحديد صادر ممن كان طرفا في الخصومة وكانت له مصلحة في الطّعن[2].

3. تحصّن الأحكام القضائيّة على الطّعن. المقصود هنا بتحصّن الأحكام القضائية على الطّعن هو صيرورتها غير قابلة للطّعن بأيّ شكل من أشكال الطّعن، وهو ما يعني عدم إمكانيّة تعقّبها ما دام هذا الأخير مرتبطا في القانون الوضعيّ بالطّعن فيها، وجدير بي في البداية أن أذكّر بتقسيم الأحكام القضائيّة من حيث قابليتها للطّعن، وهذا التّقسيم حتّى وإن اتّحد في عمومه فهو يختلف من نظام قانونيّ إلى آخر، ويختلف في المادة المدنيّة عنه في المادّة الجنائيّة في بعض تفاصيله، وتنقسم الأحكام القضائية بهذا الاعتبار إلى ما يلي[3]:

1- الأحكام الابتدائيّة: وهي الأحكام التي تقبل الطّعن بطريق الاستئناف أو المعارضة إذا كان المحكوم عليه غائبا، وتكون صادرة عن المحكمة الابتدائيّة أو محكمة الدّرجة الأولى، والأصل أنّ جميع أحكامها تكون قابلة للاستئناف إلاّ ما استثناه القانون[4]، كما قد يخصّ القانون محاكم الدرجة الثّانية بإصدار أحكام ابتدائيّة قابلة

(1) عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**... ص357.

(2) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**... ص732؛ محمد نعيم ياسين، **حجيّة الحكم القضائيّ**... ص140، عبد الحكم أشرف، **بحث في حجيّة الأحكام**... ص18.

(3) انظر: أحمد أبو الوفا، نفسه، ص370؛ أحمد هندي، **قانون المرافعات**... ص436-437؛ نبيل إسماعيل عمر، **النظام القانونيّ للحكم القضائيّ**، ص169؛ معوّض عبد التّواب، **نظريّة الأحكام**...ص38؛ أحمد ماهر زغلول، **الحجيّة الموقوفة**، ص27-28.

(4) تنص المادّة 3 من قانون الإجراءات المدنيّة الجزائريّ على أنّه "تقضي المحاكم في جميع الدّعاوى الأخرى بأحكام قابلة للاستئناف".

للاستئناف[1]، ويكون الحكم الجنائيّ الصادر عن محكمة الدّرجة الأولى في الجنح والمخالفات قابلا للاستئناف، وكذا للمعارضة إذا كان المحكوم عليه غائبا[2].

2- الأحكام النّهائيّة: وهي الأحكام التي لا تقبل الطّعن بطريق الاستئناف، وتشمل الأحكام التي تصدر عن محاكم الدّرجة الأولى إلا أنّ القانون لا يجيز الاستئناف فيها وأيضا الأحكام التي صدرت في حدود النّصاب الانتهائيّ لمحاكم أوّل درجة و لم يجز القانون استئنافها استثناءً.

وكذا الأحكام التي صارت نهائيّة بفوات ميعاد الطّعن فيها وتلك الصّادرة عن محكمة الاستئناف، وتعتبر أحكام المحكمة الشّرعية في بعض الدّول أحكاما نهائيّة غير قابلة للاستئناف، وإنما تقبل النّقض أو التمييز مباشرة[3].

ويعتبر الحكم الجنائيّ الصّادر من محكمة الجنايات وكذا محكمة الدرجة الثّانية فيما يتعلّق بالجنح والمخالفات نهائيّا، وكذا في حالة عدم إجازة القانون استئنافه، أو انقضى ميعاد الطّعن، ويكون الحكم نهائيّا ولو كان قابلا للطّعن فيه بالمعارضة[4].

3-الأحكام الحائزة لقوة الأمر المقضيّ[5]: وهي الأحكام التي لا تقبل الطّعن فيها بالطّرق العاديّة (المعارضة والاستئناف)، ولو كان يجوز الطّعن فيها بالطّرق غير العاديّة وهي التماس إعادة النظر (إعادة المحاكمة) أو النّقض (التّعقيب، التّمييز).

---

(1) تختصّ المجالس القضائيّة في قانون الإجراءات المدنيّة الجزائريّ بالفصل ابتدائيّا بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا في جميع القضايا الّتي تكون الدّولة أو الولاية أو إحدى المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الإداريّة طرفا فيها (المادّة 7).

(2) انظر: عبد الحكم فوده، **موسوعة الحكم القضائيّ**... ص2575 و2731.

(3) يطلق الاستئناف في قانون أصول المحاكمات الشّرعيّة الأردني بمعنى النّقض أو التّمييز أو التّعقيب حسب التّسميات المتداولة في التّشريعات العربيّة، وهذا لأن التّقاضي في المحاكم الشّرعيّة على درجة واحدة، محاكم ابتدائيّة ومحاكم استئناف (نقض) (انظر: أحمد محمّد علي داود، **القضايا والأحكام**... ص157.

(4) انظر: معوّض عبد التواب، **نظريّة الأحكام**... ص38؛ عبد الحكم فوده، **موسوعة الحكم القضائيّ**...ص2732.

(5) تعتبر الأحكام الحائزة لقوة الأمر المقضيّ هي ذاتها النهائيّة في ظل التّشريعات الّتي ألغت المعارضة كطريق للطّعن في الأحكام الصّادرة في المواد المدنيّة والتجاريّة (انظر: أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص437؛ نبيل إسماعيل عمر، **النظام القانونيّ للحكم القضائيّ**...ص170؛ وجدي راغب فهمي، أحمد ماهر زغلول، يوسف يوسف أبو زيد، **مبادئ القضاء المدنيّ**، ص586). كما أنّ الأحكام الجنائيّة لا تحوز قوّة الأمر المقضيّ بمجرّد امتناعها عن الطّرق العاديّة للطّعن، بل يجب أن تكون باتّة، ولهذا فلا حاجة لهذا القسم في تقسيم الأحكام الجنائيّة من حيث قابليتها للطّعن (انظر: معوّض عبد التوّاب، نفسه)

4-الأحكام الباتّة: وهي الأحكام التي لا تقبل الطّعن فيها بأيّ طريق من طرق الطّعن (العادية وغير العاديّة). وهي أقوى أنواع الأحكام، فلا يجوز إلغاؤها أو تعديلها، لأنّ الأحكام لا تكون محلا لدعوى مبتدأة للبطلان[1].

ويكون الحكم الجنائي باتّا ولو كن قابلا للطّعن فيه بطريق التماس إعادة النّظر، إذ هو طريق استثنائيّ غير مقيّد بمواعيد، ومحدود بحالات معيّنة[2].

وهذا التّقسيم المتقدّم لا يمنع من وجود قضاء يشتمل على نوعين من هذا التقسيم، ويكون في شقّ منه قابلا للاستئناف وفي الشقّ الثّاني غير قابل له، والقاعدة أن يخضع كلّ شقّ لأحكام الطّعن المطبّقة بشأنه، وإذا امتنع الفصل بين الشّقّين وتجزئة القضاء فيتغلّب وجه جواز الطّعن فيه تغليبا لمصلحة الخصم[3].

والخلاصة مما سبق ذكره أن الأحكام القضائيّة قد تتحصّن على الطّعن بحيث لا يمكن التعرّض لها بأي وجه من الوجوه، ويكون ذلك في الحالات التالية:

1-انقضاء مواعيد الطّعن: وذلك أنّ القانون قد حدّد طرقا معينة وإجراءات محدّدة وفي مواعيد مضبوطة، فيكون انقضاء هذه المواعيد دون الطّعن في الحكم سببا لتحصّن الحكم القضائيّ على الطّعن، ففي المادّة المدنيّة يعتبر هذا الانقضاء دون طعن سببا لعدّ الحكم القضائيّ في نظر المشرّع عنوانا للصحّة والحقيقة، إذ أنّه يمتنع رفع الدّعوى ببطلان الأحكام، كما أنّه يمتنع على الطّاعن اللّجوء إلى الطّرق غير العاديّة للطّعن إذا كان قد فوّت على نفسه فرصة الطّعن بالطّرق العاديّة، أو طعن و لم يوال الخصومة[4].

2- استنفاذ طرق الطّعن: فقد حصر المشرّع طرق الطّعن وقيّدها بمواعيد وإجراءات، وحدّدها على سبيل الحصر، فمتى استنفد الطّاعن طرق الطّعن فقد تحصّن الحكم القضائيّ عن المساس به بأي شكل من الأشكال.

تقول ناتلي فريسيرو (NATALIE FRICERO):"حينما تُستنفد طرق الطّعن أو لا تستعمل في آجالها، فإنّه يصبح من الضّروريّ منع أيّ احتمال لنقد القرار، ويكون مسموحا للمستفيد من الاحتجاج به لصالحه، وتؤدّي الحجيّة هذه الوظيفة بغض النّظر عن محتوى الحكم"[5]

---

(1) انظر: أحمد هندي، نفسه.

(2) انظر: معوّض عبد التّواب، نفسه.

(3) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص373.

(4) انظر: أحمد أبو الوفا، نفسه، ص733-734 و780؛ أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص584.

(5) «lorsque les recours sont épuisés, ou qu'il n'ont pas été exercés dans les délais, il est nécessaire d'interdire toute possibilité de critiquer la décision et d'autoriser le bénéficiaire à ce prévaloir de son

ثالثا: تعقّب الأحكام الباطلة والمنعدمة في القانون الوضعيّ. إذا كان القانون الوضعيّ يجيز الطّعن في الأحكام رغم صدورها صحيحة مستوفية للإجراءات القانونيّة فإنّه من باب أولى أنّه يجيز الطّعن في الأحكام الباطلة وأولى منه طلب إلغاء الأحكام المنعدمة، والتعرّض لمبدأ تعقّب الأحكام الباطلة والمنعدمة منطلقه هو بيان الصلاحيّة الّتي يمنحها القانون تجاه هذين النّوعين من الأحكام للخصوم والقضاء، وقد سبق التّعرض لمفهوم الأحكام الباطلة والمنعدمة[1]، ولهذا فسأقتصر هنا على كيفية تعقّبها.

فالحكم المعدوم لا وجود له في نظر القانون ولو وجد عمليّا في صورة صحيفة حكم، وهكذا فإنّ القرار الّذي يبيّن انعدام الحكم لا ينشئ الانعدام، وإنّما يقرّر عدم وجود الحكم أصلا في نظر القانون، ويتمّ طلب تقرير انعدام الحكم حسبما يختار صاحب المصلحة بواسطة دعوى مبتدأة بطلب الحكم بانعدام الإجراء، أو الدّفع بالانعدام في كلّ خصومة يُتمسّك فيها بهذا الحكم من طرف كلّ ذي مصلحة، أو بالطّعن فيه، أو بالإشكال في التّنفيذ، وللقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه.

ويجوز التمسّك بالانعدام ولو بعد فوات ميعاد الطّعن[2]، وهكذا "...فالإجراء المنعدم لا يتحصّن بمرور الزمن، أو بالحكم الصّادر بناء عليه، فما بني على المعدوم يكون معدوما"[3].

ويعتبر الطّعن فيه مسايرة من المشرّع للمنطق العمليّ للأشياء، ولتمكين المحكمة من الاطّلاع عليه لبيان انعدامه، ولهذا فقد اعتبره حالات من حالات الطّعن بطريقة التماس إعادة النظر كحالة الحكم بما لم يُطلب أو بأكثر ممّا طلب[4]، والأصل أنّ الحكم المعدوم لا يعدّ حكما في نظر القانون، ولا يخضع لقواعد الطّعن في الأحكام[5].

وخلافا لذلك فإنّ الحكم الباطل موجود في نظر القانون، ويكون طلب تقرير بطلانه بناءً على طلب صاحب المصلحة بالطّعن فيه بالطّرق المحدّدة قانونا، وإذا فوّت الخصوم مواعيد الطّعن فإنّه يسقط الحقّ في

---

titre. L'autorité de la chose jugée joue cette fonction quel que soit le contenu de la décision de justice" (NATALIE FRICERO, *op. cit.*, p.910)

(1) انظر ص 230-233 من هذا البحث.

(2) انظر: نبيل إسماعيل عمر، **النظام القانونيّ للحكم القضائيّ**، ص207؛ عبد الحكم فوده، **البطلان**...ص36-37؛ أحمد هندي، **قانون المرافعات**...ص585؛ إدوار غالي الذّهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص183.

(3) عبد الحكم فوده، نفسه، ص36.

(4) المادة 194 **قانون الإجراءات المدنية الجزائرية** و(241) **مرافعات مصريّ**.

(5) انظر: أحمد هندي، نفسه؛ أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص320-321.

الطّعن فيه[1]، ولا يكون ذلك مصحّحا للحكم المعيب وإنّما يعفيه من إعمال الجزاء المتمثّل في عدم قدرة العمل المعيب على توليد الآثار اعتبارا لمصالح تتعلّق بمنع إطالة الإجراءات وإضاعة الوقت وكثرة النّفقات[2]، ويتّجه فريق إلى " أنّ الصّفة النهائيّة للحكم الباطل تطهّره من عيوبه وتجعل له شأن الحكم الصّحيح"[3].

وكذلك فإنّ الحكم الجنائيّ الباطل لا تترتب آثار بطلانه إلاّ إذا تقرّر هذا البطلان، إذ لا يوجد بطلان بقوّة القانون، ويجب أن يتمسّك بالبطلان الخصم الّذي تقرّر البطلان لمصلحته، ويجد هذا الأمر أساسه في قيام النّظام القانونيّ على هيمنة القضاء على منح حقوق الأفراد وامتناع قضاء الإنسان لنفسه بنفسه[4].

وهكذا تظهر أهم ملامح موقف القانون الوضعيّ من هذه الفكرة، ويمكن تلخيصها في أفكار هي:

1-أنّ تعقّب القضاة في القانون الوضعيّ يكون بناء على طلب من أطراف الخصومة، وبالتالي فلا يملك القضاء ولا غيره متابعة القضاة في أحكامهم على سبيل التّصويب والإلغاء إلاّ بناء على طلب قضائيّ يقدّم في صورة طعن وفق ما تقتضيه القواعد الإجرائيّة المحدّدة قانونا، وتشكّل الطّلبات المقدّمة من الأطراف حدود النّشاط القضائيّ في الدّعوى المدنيّة إلاّ ما تعلّق بالنّظام العامّ.

2-يجيز القانون الوضعيّ الطّعن في الأحكام القضائيّة قصد إعطاء فرصة للتّخلّص ممّا يشوب الحكم من قصور، وإعطاء فرصة للخصوم لاستدراك ما فاقم، وكذا ضمان تكيّف الحكم مع ما يجدّ من واقع أو قانون.

3-تنحصر فرصة تعقّب القضاة في أحكامهم فيما يمنحه القانون من طرق ومواعيد للطّعن، فإذا فُوّتت هذه المواعيد تحصّن الحكم القضائيّ من المساس به، وكذا في حالة استنفاد هذه الطرق باستعمالها فعلا.

4-لا يحتاج الخصوم فيما يتعلّق بالطّرق العاديّة للطّعن إلى تقديم أسباب معيّنة، بل تكفي مجرّد رغبة بعض الأطراف أو جميعها في إعادة طرح النّزاع أمام محكمة الطّعن بحثا عن إقناع محكمة الطّعن بما لم يقتنع به القاضي المصدر للحكم.

5-خلافا للأحكام الصّحيحة والباطلة فإنّ الأحكام المعدومة لا يقرّ القانون بوجودها، ولا تتحصّن على الطّعن والإلغاء بفوات مواعيد معيّنة، ولا يجب التزام طرق الطّعن في المطالبة بالحكم بعدمها، كما يمكن لكلّ صاحب مصلحة التمسّك بعدمها.

---

(1) انظر: نبيل إسماعيل عمر، نفسه، ص211؛ إدوار غالي الذهبي، نفسه، ص181؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص130.

(2) انظر: نبيل إسماعيل عمر، نفسه.

(3) إدوار غالي الذّهبي، نفسه.

(4) انظر: إدوار غالي الذّهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص 180.

المطلب الثّاني: وجوب اعتبار الحكم القضائيّ في الدّعاوى اللاّحقة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يُعدّ اعتبار الحكم القضائيّ في الدّعاوى اللاّحقة أهمّ مظاهر حجيّة الحكم القضائيّ، إذ أنّ الحجيّة تُعرّف كما سبقت الإشارة إليه إلى أنّها الحرمة الّتي ينالها الحكم القضائيّ بحيث تكون مانعة من المنازعة فيما تمّ الفصل فيه، وإنّما يتجدّد النّزاع عند عدم أخذ ما سبق الفصل فيه بعين الاعتبار، ويكون ذلك بحرمان المدّعي من حقّ التمسّك بالحكم القضائيّ الصّادر في الدّعوى السّابقة للمطالبة باستصدار حكم جديد في الدّعوى الحالّة مستند عليه، أو بمنع المدّعى عليه من دفع الدّعوى الجديدة الرّامية إلى تجديد النّزاع فيما سبق الفصل فيه بحكم سابق.

وهكذا فإنّ اعتبار الحكم القضائيّ في الدّعاوى اللاّحقة بالنّسبة للخصوم إنّما يكون بإعطاء المدّعي حقّ التّمسّك بحجيّة الحكم القضائيّ وإعطاء المدّعى عليه حقّ الدّفع بسبق الفصل، وهذا التمسّك وهذا الدّفع هما في الحقيقة وجهان لمبدأ واحد هو رعاية واعتبار الحكم القضائيّ السّابق في الدّعاوى اللاّحقة، بحيث يمثّل التّمسّك الوجه الإيجابيّ للحجيّة ويمثّل الدّفع وجهها السّلبيّ.

بينما يظهر اعتبار الحكم القضائيّ من طرف المحكمة بالاستجابة إلى طلب المدّعي إلى التّمسّك بحجيّة الحكم أو دفع المدّعى عليه بسبق الفصل أو بإمكان إثارتها لسبق الفصل من تلقاء نفسها متى قرّر التّشريع ذلك وقدّر أنّه من النّظام العام بحيث لا يتوقّف على طلب الخصوم، وحينئذ فإنّ المحكمة تكون قد اعتمدت ما قضى به الحكم السّابق بشكل إيجابيّ بحيث رتّبت عليه حكما جديدا أو بشكل سلبيّ بحيث رفضت نظر الدّعوى لسبق الفصل فيها.

وهكذا فإنّ اعتبار الحكم القضائيّ من طرف القضاة يظهر بوجهين، وجه إيجابيّ وآخر سلبيّ، كما أنّ له صورا وتطبيقات باعتبار نوع القضاء في الدّعويين (مدنيّ، جنائيّ) ممّا يتطلّب توضيح حجيّة أحدهما على الآخر.

لأجل ما تقدّم فقد عرضت لهذا المطلب في فرعين كالتّالي:

الفرع الأوّل: أوجه اعتبار الحكم القضائيّ في الدّعاوى اللاّحقة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الثّاني: صور اعتبار الحكم القضائيّ في الدّعاوى اللاّحقة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: أوجه اعتبار الحكم القضائي في الدّعاوى اللاّحقة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يكون اعتبار الحكم القضائي في الدّعاوى اللاحقة بشكل عام باحترام حجيّة الحكم في مظهرها الإيجابيّ والسلبيّ، وذلك بأن تحجز الحجيّة في وجهها السلبيّ القضاة عن النّظر فيما سبق الفصل فيه، وتوجب في وجهها الإيجابيّ على القضاة التسليم بما قضى به الحكم السابق واعتماده في الدّعاوى اللاّحقة.

أوّلا: الأثر السلبيّ لحجيّة الحكم القضائيّ على القضاة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

1. الأثر السلبيّ لحجيّة الحكم القضائيّ على القضاة في الشّريعة الإسلاميّة. المقصود هنا بالأثر السلبيّ للحكم القضائيّ على الدّعاوى اللاّحقة هو أنّ صدور الحكم القضائيّ يكون مانعا للقضاة من إعادة نظر الدّعوى المحكوم فيها.

والنّاظر في عبارات الفقهاء يجدهم يركّزون في مباحث كثيرة على دور القاضي في الامتناع عن نظر ما سبق الفصل فيه من طرفه أو غيره من القضاة، رغم أنّ الفقه والقضاء الشّرعيين الحديثين يقرّان بحقّ المدّعى عليه في دفع الدّعوى بسبق الفصل فيها، ويجعلان للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها.

وقد سبقت الإشارة إلى أن عبارات الفقهاء قد تضافرت على وجوب امتناع المحكمة عن نظر الدّعوى لسبق الفصل فيها، ولا يكون هذا الامتناع استجابة لطلب المدّعى عليه فقط، بل إنّ واجب القاضي متى رُفع إليه قضاء أن يمتنع عن النّظر فيه إلاّ على وجه التجويز، من عبارات الفقهاء في ذلك قول ابن فرحون:"...فأمّا العالم العدل فلا يُتعرّض لأحكامه بوجه، إلاّ على وجه التّجويز لهذا إن عرض فيها عارض بوجه خصومة"[1].

فإنّ الفقه الإسلاميّ يعتبر اجتهاد القاضي الأوّل في القضاء ما دام قد اتّصل بالقضاء راجحا، وما دام كذلك فهو مالم يخالف كتابا ولا سنّة ولا إجماعا واجب النّفاذ، ولا ينتقض بما هو دونه، وعلى القاضي أن يمتنع عن نظر الدّعوى إذا رفعت إليه[2].

وسواء أكان القاضي مصدر الحكم قد غيّر اجتهاده في المسألة، أو عُرض عليه اجتهاد غيره من القضاة فإنّه لا يملك إلاّ أن يمتنع عن نظر الدّعوى بحيث لا ينقض الحكم الأوّل ولا يبدّله، وقد سبقت الإشارة إلى أنّ عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ امتنع عن نظر الدّعوى المحكوم فيها في المسألة المشتركة لتغيّر اجتهاده، وقال:"تلك على ما قضينا

---

(1) **التّبصرة**، ج1 ص64.

(2) انظر: الزيلعي، **تبيين الحقائق**...ج4 ص188.

ومذهعلى ما قضينا"[1]، ومعنى هذا أنّه عرض عليه أو طلب منه إعادة نظر الدّعوى المحكوم فيها فامتنع لسبق القضاء والفصل فيها.

ولهذا فقد تضافرت عبارات الفقهاء في عدم نقض القاضي قضاء نفسه في المجتهدات إذا تغيّر اجتهاده، وله أن يحكم باجتهاده الثّاني في مستقبل الحوادث[2]، كما يمتنع القاضي عن نظر الدّعوى الّتي حكم فيها غيره من القضاة، على اعتبار أنّ اتصال الاجتهاد الأوّل بالقضاء يجعله مقدّما على غيره من الاجتهاد، ويكون واجبا على المحكمة أن تثير هذا الأمر من تلقاء نفسها، بل ولو اتّفق الخصوم على إعادة عرض المنازعة بناءً على تحريم نقض القضاء المبني على الاجتهاد[3].

ويعلّل الفقهاء ضرورة امتناع القاضي عن نظر الدّعوى لسبق الفصل فيها بما في ذلك من مضارّ تتمثّل في استمرار الخصومات والمنازعات وذهاب الثّقة بأحكام القضاء وعدم استقرار المراكز الشرعيّة للنّاس[4].

وحتّى لو أورد المدّعي بيّنة جديدة كان قد أغفلها فإنّ الدّعوى لا يعاد نظرها، فقد عدّد الطّرابلسيّ وجوه قيام المحكوم عليه بطلب فسخ الحكم عنه، وجعلها الوجه الثامن منها، قال:"...الثامن: أن يقول المحكوم عليه: كنت أغفلت حجّة كذا لم يُقبل منه ولم يُنقض الحكم"[5].

ويمتدّ هذا الامتناع عن نظر الدّعوى التي سبق الفصل فيها إلى نقض وإبطال الحكم الذّي تنكّر لحجيّة الحكم القضائيّ بأثرها السّلبيّ بحيث أعاد نظر الدّعوى، وهذا بأن يمنح القاضي الّذي يُرفع إليه حكم ناقض لحكم سابق عنه دون وجه حقّ مُكنة نقض هذا الحكم، وردّ الأمور إلى ما قضى به الحكم الأوّل نظرا لتجاوز القاضي الثّاني المتنكّر للحجيّة لقاعدة احترام الأحكام القضائيّة بأثرها السّلبيّ[6].

2. الأثر السلبيّ لحجيّة الحكم القضائيّ على القضاة في القانون الوضعيّ. يظهر الأثر السّلبيّ لحجيّة الحكم القضائيّ في القانون الوضعيّ في منع قبول الدّعوى التي تطرح على القضاء نفس النّزاع الذّي

---

(1) سبق تخريجه ص 55 من هذا البحث.

(2) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص71؛ السّيوطيّ، **الأشباه والنّظائر**...ص101؛ السمناني، **روضة القضاة**...ج1ص319؛ ابن نجيم، **الأشباه والنّظائر**، ص105-106؛ نظّام وجماعة، **الفتاوى الهنديّة**، ج3ص332.

(3) انظر: الباجي، **فصول الأحكام**...ص 177؛ ابن أبي الدّم، **أدب القضاء**...ص77؛ ابن قدامة، **المغني**...ج11ص407؛ الكاساني، **بدائع الصّنائع**...ج7 ص14؛ الزّيلعي، **تبيين الحقائق**...ج4 ص188.

(4) انظر: الكاساني، نفسه؛ الآمدي، **الإحكام**...ج3 ص232.

(5) **معين الحكّام**... ص30.

(6) انظر: ابن فرحون، نفسه، ج1 ص79.

سبق الحكم فيه، ويهدف إلى أن لا تكون المسألة الّتي سبق الفصل فيها محلا لنشاط قضائيّ يناقشها مجدّدا بإجراءات مبتدأة[1].

ويبسط هذا الأثر ظلاله على القضاة بحيث يحجزهم عن النّظر فيما سبق الفصل فيه ويحدد سلطتهم في ممارسة النّشاط القضائيّ وفق ما تعتمده بعض التّشريعات.

ويرتبط الحديث عن امتناع المحكمة عن نظر الدّعوى لسبق الفصل فيها بالحديث عن علاقة مبدأ الحجيّة بالنّظام العام، إذ يظهر هذا الامتناع في صورة إثارة المحكمة للحجيّة من تلقاء نفسها دون حاجة إلى تمسّك الخصوم، إضافة إلى واجب الاستجابة لطلبات الخصوم في الدّفع بسبق الفصل.

ويظهر هذا الأثر بشكل صريح في المادة الجزائيّة حيث يكون للمحكمة إثارة حجيّة الحكم القضائيّ من تلقاء نفسها، ورفض نظر الدّعوى الجزائيّة لسبق الفصل فيها، على اعتبار أنّ الحكم الجنائيّ حجّة على الكافّة، وحجيّته من النّظام العامّ إجماعا[2]، ولأنّ الدّعوى العموميّة تنقضي بصدور الحكم الجنائيّ الحائز للحجيّة فيها.

وتكون مخالفة المحكمة لهذه الحجيّة واستمرارها في نظر الدّعوى سببا لإبطال الحكم المخالف للحجيّة، وقد قضت المحكمة العليا بأنّه "متى صدر حكمان متتاليان ضدّ نفس المتّهم في ذات الواقعة، تعيّن إبطال الثّاني منها لصالح القانون وحده على إثر الطّعن المرفوع من النّائب العام لدى المجلس الأعلى"[3].

ويظهر هذا الأثر بشكل نسبيّ في المادة المدنيّة، خاصّة وأنّ الفقه يتّجه إلى عدّ الحجيّة قاعدة مقرّرة لمصلحة الخصوم[4]، وكونها قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية[5].

ويجعل القانون المدنيّ الجزائريّ المحكمة مقيّدة في إعمال الأثر السّلبي للحجيّة على طلب الخصوم بحيث يمتنع عليها إثارتها من تلقاء نفسها، وهو ما تدلّ عليه المادّة 338 من القانون المدنيّ الجزائريّ حيث نصّت على أنّه: "... لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها"

وقرّرت المحكمة العليا نقض الحكم الذّي أخذ بالأثر السلبيّ للحجيّة دون دفع من الخصوم حيث ورد في قرارها "من المقرّر قانونا أنّه لا يجوز للقضاة أن يأخذوا بقرينة حجيّة الشّيء المقضيّ فيه تلقائيّا، ومن ثمّ

(1) انظر: أحمد ماهر زغلول، **الحجيّة الموقوفة**، ص 10.

(2) انظر: إدوار غالي الذّهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**... ص72.

(3) نقض جنائي بتاريخ 1969/05/20، **نشرة العدالة**، 1969م، ص 218.

(4) انظر: بكوش يحيى، **أدلّة الإثبات**...ص404-405.

(5) انظر: السّنهوري، **الوسيط**...ج2 ص630؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ وقوّته**...ص24؛ مصطفى مجدي هرجه، **قانون الإثبات**...ص627.

فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خطأ في تطبيق القانون، ولّما كان الثّابت أنّه لا يوجد أيّ دفع من أحد الأطراف بحجيّة الشّيء المقضيّ فيه فإنّ قضاة الاستئناف بأخذهم تلقائيّا بهذه القرينة فإنّهم بقضائهم هذا أخطأوا في تطبيق القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه"[1].

وخلافا لذلك فإنّ القانون المصريّ قد عدل عمّا قرّره في المادّة 2/405 من القانون المدنيّ من أنّه لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها فنصّ في المادّة 101 من قانون الإثبات على أنّه "تقضي المحكمة بهذه الحجيّة من تلقاء نفسها" كما نصّ في المادّة 116 من قانون المرافعات على أنّ "الدّفع بعدم جواز نظر الدّعوى لسبق الفصل فيها تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها".

ويبقى أنّه من واجب المحكمة الامتناع عن نظر الدّعوى متى تحقّقت من وجاهة الدّفع بسبق الفصل الّذي تقدّم به المدّعى عليه إعمالا للمادّة 338 من القانون المدني، فمتى تحقّقت شروط الدّفع بسبق الفصل المتمثّلة في وحدة الموضوع والسّبب والخصوم فقد أصبح من واجب القاضي الامتناع عن نظر الدّعوى وإلاّ عرّض قضاءه للنّقض، خاصّة وأنّ المادّة 338 ذاتها تمنع قبول أي دليل خلاف هذه الحجيّة.

ويظهر الرّأي الّذي يمنح المحكمة حقّ إثارة الحجيّة من تلقاء نفسها أكثر رعاية للأثر السلبيّ للحجيّة، إذ أنّ توقّف امتناع القاضي عن نظر الدّعوى على دفع الخصوم بسبق الفصل يكون مدعاة لتناقض الأحكام في حالة عدم دفع المدّعي بسبق الفصل، كما يكون مدعاة لاستمرار الخصومات والغضّ من حرمة القضاء وهيبته، ومثل هذه المصالح مصالح عامّة تفوق مصلحة الخصوم.

ولهذا فإنّ من واجب المشرّع الجزائريّ إعادة النّظر في صياغة المادّة 338 من القانون المدنيّ، بحيث يكون تعديلها على نحو يجيز للمحكمة أن تثير سبق الفصل من تلقاء نفسها تحقيقا لهذه المصالح العامّة المجسّدة لفكرة النّظام العامّ والرّاجحة قطعا على المصالح الفرديّة (مصالح الخصوم)، وهو ما فعله المشرّع المصريّ كما سبق بيانه.

ثانيا: الأثر الإيجابيّ لحجيّة الحكم القضائيّ على القضاة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

1. الأثر الإيجابيّ لحجّية الحكم القضائيّ على القضاء في الشّريعة الإسلاميّة. ***يظهر الأثر الإيجابيّ لحجّية الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة في الاحترام الّذي يحوزه الحكم***

---

(1) نقض مدني، طعن رقم 34931، قرار بتاريخ 30-10-1985، **المجلّة القضائيّة**، العدد 4، 1989م، ص68.

بحيث يكون واجب القضاة الّذين يبلغهم إمضاؤه وتنفيذه بمعنى اعتباره فيما يصدرون من أحكام، وقد أشار ابن فرحون إلى ذلك بقوله:"والعالم العدل من القضاة لا يتعرّض لأحكامه إلّا على وجه التّجويز لها إن عرض فيها عارض بوجه خصومة"[1].

وقد سبق عند الحديث عن نفاذ القضاء في المجتهدات قول الزيلعي:"... وإذا رُفع إليه حكم حاكم أمضاه..."[2]، وقد ورد في شرح أدب القاضي نفس المعنى: "... وكلّما قضى به قاضي ممّا لا يخالف الكتاب والسنّة فرفع إلى قاض آخر يرى خلاف ذلك فإنّه ينفذه ويحكم به"[3].

والمتتبّع لعبارات الفقهاء لا يجد حديثا عن تمسّك المدّعي بحجيّة الحكم القضائيّ لاعتبار ذلك من القاضي في الدّعوى الجديدة، بل يجعلون مجرّد علم القاضي المرفوع أمامه الدّعوى بالحكم السّابق سببا لإنفاذه، ومعنى الإنفاذ هنا من طرق القاضي يعمّ تنفيذه في الواقع والإلزام به وكذا اعتباره في الأحكام اللاّحقة حتّى لا تتناقض معه.

ومن أهمّ المباحث التي عرض لها الفقهاء والّتي تعدّ نموذجا تطبيقيّا للأثر الإيجابيّ للحجيّة هو كتاب القاضي، إذ يلزم العمل به وإنفاذه من غيره من القضاة[4]، وقد ورد في حاشية الدسوقي: "إنّ القاضي إذا أنهى لغيره ما انتهى إليه وأرسل ذلك بكتابه المشتمل على الحكم أو على ما حصل دونه ليشهد عند القاضي المنهيّ إليه أن هذا كتاب فلان القاضي وأنّه أشهدنا بما فيه، فيجب عليه تنفيذه أي تنفيذ ما حصل عند الأوّل من حكم أو ما هو دونه، وتنفيذ الثّاني بالبناء عليه وعدم استئناف الدعوى من أوّلها"[5]، وكذلك في المغني: "يلزم المكتوب إليه قبوله [أي كتاب القاضي] سواء كانت بينهما مسافة بعيدة أو قريبة حتّى ولو كانا في جانبي بلد أو مجلس لزمه قبوله وإمضاؤه سواء كان حكما على حاضر أو غائب لا نعلم في هذا خلافا لأنّ حكم الحاكم يجب إمضاؤه على كلّ حاكم"[6].

2. الأثر الإيجابي لحجّية الحكم القضائيّ على القضاء في القانون الوضعيّ. يظهر الأثر الإيجابيّ لحجّية الحكم القضائيّ على القضاء في القانون الوضعيّ في لزوم استجابة

---

(1) **التّبصرة**، ج1 ص64.

(2) **تبيين الحقائق**...ج4 ص188.

(3) الخصّاف، ص303.

(4) انظر: الحطاب، **مواهب الجليل**...ج6 ص142؛ **حاشية الدّسوقي**، ج4 ص160؛ الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4 ص409؛ ؛ ابن قدامة، **المغني**...ج11 ص458؛ الكاساني، **بدائع الصّنائع**...ج7 ص7.

(5) الدّسوقي، ج4 ص159-160.

(6) نفسه.

القاضي لطلب المدّعي في التمسّك بحجّية الحكم القضائيّ، وحقّ القاضي في إثارة حجّية الحكم القضائيّ من تلقاء نفسه إذا كانت المنازعة المطروحة أمامه مستندة على مسألة سبق الفصل فيها.

ويظهر الحكم الجنائيّ حجّة فيما قضى به على النّاس كافّة، بحيث يلزم القاضي التقيّد بما قضى به واعتباره[1]، بحيث يرتبط القاضي المدنيّ بالحكم الجنائيّ في كلّ الوقائع التي فصل فيها وكان فصله فيها ضروريا وفق ما دلّت عليه المادّة 339 من القانون المدنيّ الجزائريّ إذ تنصّ على أنّه "لا يرتبط القاضي المدنيّ إلاّ بالوقائع التي فصل فيها الحكم الجنائيّ، وكان فصله فيها ضروريّا".

ولأجل ترتيب ما يلزم من أثر إيجابيّ للحكم الجنائيّ أوجبت المادّة 2/4 من قانون الإجراءات الجزائيّة إرجاء الحكم المدنيّ إلى غاية الفصل النّهائيّ في الدّعوى العموميّة، إذ نصّت على أنّه "...يتعيّن أن ترجئ المحكمة المدنيّة الحكم في تلك الدّعوى المرفوعة أمامها لحين الفصل نهائيّا في الدّعوى العموميّة إذا كانت قد حرّكت"، فمتى صدر الحكم الجنائيّ بإدانة المتّهم بجريمة السّرقة وأصبح نهائيّا كان على القاضي أن يستجيب لدعوى التّعويض التي يرفعها الضحيّة ضدّ المحكوم عليه متمسكا بحجّية الحكم الجنائيّ.

بل إنّ حجّية الحكم الجنائيّ على الكافّة بما فيهم القاضي تلزمه بالأخذ بهذه الحجيّة ولو لم يتمسّك بها الخصوم ما دام النّزاع مطروحا أمامه، وهذا لأنّ الحكم الجنائيّ يصدر باسم المجتمع والمصلحة العامّة، فلا يتوقّف اعتباره على تمسّك الخصوم.

أمّا بالنسبة للمادة المدنيّة فإنّ الأثر الإيجابيّ للحجيّة إن كان يلزم القاضي بالاستجابة لطلب المدّعي في التمسّك بحجيّة الحكم القضائيّ، فإنّ التّشريع قد اختلف حول حقّ القاضي في إثارة هذه الحجيّة من تلقاء نفسه، فأغلب الفقه على اعتبار أنّ الحجيّة ليست من النّظام العام[2] وأنّها مقرّرة لمصلحة الخصوم[3] وعلى ذلك سار التّشريع الجزائريّ.

ويجد القول باقتصار الأثر الإيجابيّ للحجيّة على القضاة في لزوم الاستجابة لطلب المدّعي في التمسّك بحجيّة الحكم القضائيّ دون حقّهم في إثارتها المحض الخصب في التّشريعات الّتي لا تجيز للمحكمة أن تعمل قاعدة الحجيّة من تلقاء نفسها، حيث تنصّ المادّة 338 من القانون المدنيّ الجزائريّ على أنّه "...لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها".

---

(1) انظر: إدوار غالي الذّهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص55-57.

(2) انظر: السّنهوريّ، **الوسيط**...ج2 ص642.

(3) انظر: بكوش يحيى، **أدلّة الإثبات**...ص404-405.

ويترتّب على ذلك إمكانيّة صدور أحكام متناقضة إذا لم يتمسّك الخصوم بحجيّة الحكم السّابق و لم يكن للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها، وفي هذا مناقضة للهدف الحقيقيّ لتقرير مبدأ الحجيّة وهو وضع حدّ لتجدّد الخصومات وعدم السماح بقيام أحكام متعارضة تغضّ من كرامة القضاء، وهي مصالح جوهريّة تتجاوز مصالح الخصوم[1].

لأجل ذلك فقد عادت بعض التّشريعات فأجازت للمحكمة أن تثير الحجيّة من تلقاء نفسها دون توقّف عند طلب الخصوم منعا للتّعارض بين الأحكام، وهو ما نصّت عليه المادّة (101) من قانون الإثبات المصريّ في عبارتها "...تقضي المحكمة بهذه الحجيّة من تلقاء نفسها" بعد أن كانت المادّة (405) من القانون المدنيّ المصريّ تنصّ على أنّه:"...لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها".

الفرع الثّاني: صور اعتبار الحكم القضائي في الدّعاوى اللاحقة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

بعد استعراض وجهي اعتبار الحكم القضائيّ في الدّعاوى اللاّحقة متمثلين في الوجه السلبيّ والإيجابيّ لهذا الاعتبار، فإنّ هذا الأخير يتبدّى في صورة معيّنة تمثّل تجلّيات عمليّة لهذين الأثرين وإنّما كان المقصود من التعرّض لها توضيح فاعليّة هذه الحجيّة خاصّة وأنّها تنال قسطا وافرا من كتب القانون الّتي تعالج موضوع آثار الحجيّة، وهذا دون التعرّض لما سبق إثارته من الأفكار المختلفة المتعلّقة بمبدأ الحجيّة، ويمكن تحديد هذه التجليّات في ثلاث صور هي حجيّة الحكم المدنيّ على القضاء المدنيّ وحجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء الجنائيّ وحجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء المدنيّ.

أوّلا: حجيّة الحكم المدنيّ على القضاء المدنيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

1. حجيّة الحكم المدنيّ على القضاء المدنيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

من الضّروريّ الإشارة منذ البدء أنّ الشّريعة الإسلاميّة في نصوصها أو في عبارات فقهائها لم تميّز بين أنواع الأحكام باعتبار حجيّة بعضها على بعض، إذ تنطلق في إضفائها للحجيّة على الأحكام من منطلق كونه حكما قضائيّا لازم الاحترام ونافذا فيما يُستقبل من الدّعاوى.

(1) انظر: إدوار غالي الذّهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص73.

وإذا كانت النصوص الدّالّة على مبدأ الحجيّة عامّة تشتمل كلّ أنواع الأحكام فهي في دلالتـــها علـــى حجيّة الأحكام المدنيّة منها على القضاء المدنيّ أدلّ وأوضح.، ذلك أنّ أظهر النّصوص دلالة على مـــا يجـــوز الحكم من الحجيّـــة والتســـليم والاحتـــرام هـــو قولـــه تعـــالى:"▫⬧• ❒◆❻◆⬧■⬧ ⌨⬧ ⬧• ❸⬉⬧✌⬧⬧ ☺ ⬧⬧☝❒ ⬉⬧▤⬧✍⬅☺❒⬧☝ ▫⬧⑩☺⬧ ⬆❒✌❷◆⬧❹ ⬧⬧ ⬅⬧✇ ⬦ ☠▪⬧ ⬧◆❽⬅⑨❒⬧ ⬧⬧ ⬧✗ ⬧❼☑ ⬧❒⬧⚐⬧◆❷⬧◆ ⬧⬧☝⬧◆⬧ ⬧☺⬧◆❾ ⬧◆⬧⑩⬧◆❸⬧❁ ❒❹⬧⬅⬧⬧☺⬧⬧ ⬧⬧⬧⬧◆◆⬧⬧⬧⬧"[1]، وقد ورد في شأن نزاع حـــول مسألة سقي النّخيل بين رجل من الأنصار وعبد الله بن الزّبير رَضِوَٱللَّهُعَنْهُ وهي مسألة مدنيّة[2].

فقد دلّت الآية على ضرورة التسليم للحكم القضائيّ ظاهرا وباطنا. قال ابن كثير تفسيرا للآيـــة:"... ينقادون له في الظاهر والباطن [أي الحكم] فيسلّمون لذلك تسليما كليّا من غـــير ممانعـــة ولا مدافعـــة ولا منازعة"[3]، وكذلك فإنّ مقولة عمر رَضِوَٱللَّهُعَنْهُ الشهيرة: "...تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا"[4] إنّما صـــدرت بشأن نزاع مدنيّ حول مسألة ميراث بين الإخوة.

وقد سبق التعرّض لشروط حيازة الحكم القضائيّ للحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة متمثّلة في كون الحكم صحيحا مع صدوره من جهة قضائيّة مختصّة وفصله في الموضوع، وكذا شروط الدّفع بحجيّته متمثّلة في وحدة الموضوع والسّبب والأطراف.

وقد تبيّن من خلال دراسة تعلّق مبدأ الحجيّة بالنّظام العامّ في الشّريعة الإسلاميّة أنّ الفقه الإسلاميّ يعتبر أنّ حجيّة الأحكام القضائيّة مسألة تتعلّق بالنّظام العامّ لا يجوز للقضاء ولا للخصوم المساس بها، وعلى القضاة أن يتمسّكوا بها ويثيروها من تلقاء أنفسهم وهذا دون تمييز بين أنواع الأحكام[5].

ولهذا فإنّ حجيّة الحكم المدنيّ على القضاء المدنيّ تتعلّق بالنّظام العامّ على اعتبار قيامها جميعا على تحقيق مصالح عامّة تتمثّل في منع تجديد النّزاع واضطراب الأحكام وتوهين أمر القضاء، وهذه مصالح عامّة تســـمو على مصالح الأفراد.

---

(1) **سورة النّساء**، الآية 65.

(2) انظر ص 92-93 من هذا البحث.

(3) **تفسير القرآن العظيم**، ج2 ص306.

(4) سبق تخريجه ص 55 من هذا البحث.

(5) انظر: ص 152-153 من هذا البحث.

ولا يقتصر دور حجيّة الحكم المدنيّ على القضاء المدنيّ في منع تجديد النّزاع بحيث يكون للمدّعى عليه حقّ دفع دعوى المدّعي لوجود حكم قضائيّ سابق في النّزاع، أو في واجب القاضي في رفض كلّ دعوى تهدف إلى تجديد النّزاع فيما سبق الفصل فيه، وإنّما يظهر أيضا فيما يستحقّه الحكم القضائيّ من الاحترام والتّسليم في غيره من الدّعاوى الّتي تنطلق ممّا قرّره هذا الحكم من الحقوق والمراكز الشّرعيّة.

2. حجيّة الحكم المدنيّ على القضاء المدنيّ في القانون الوضعيّ. يُعتبر الحكم الصّادر في المسائل المدنيّة حجّة على القضاء المدنيّ بحيث يلزم القاضي أن يحترم ما سبق الفصل فيه وينفذه في الدّعاوى اللاّحقة كما يلزمه أن يمتنع عن نظر الدّعوى الّتي سبق الفصل فيها متى اتّحد الخصوم والمسألة المحكوم فيها بين الدّعوى السّابقة المحكوم فيها والدّعوى الجديدة.

وجدير بالإشارة في البداية أنّ القضاء المدنيّ هنا المقصود منه معناه الواسع، بمعنى ألاّ يكون قضاءً جنائيا، فيشتمل ما كان مدنيّا وإداريّا وتجاريّا وأحوال شخصيّة وغيرها.

وقد تقرّر مبدأ حجيّة الحكم القضائيّ المدنيّ على القضاء المدني في القانون الجزائري بنصّ المادّة 338 من القانون المدنيّ الّتي تنصّ على أنّ "الأحكام التي حازت قوّة الشيء المقضيّ به تكون حجّة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجيّة إلاّ في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغيّر صفاتهم وتتعلّق بحقوق لها نفس المحلّ والسّبب ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيّا"[1].

وقد سبق التعرّض لشروط التمسّك بحجيّة الحكم القضائيّ وهي صحّة الحكم القضائيّ وصدوره من جهة قضائيّة مختصّة وأن يكون فاصلا في الموضوع في منطوقه، كما سبقت الإشارة إلى شروط الدّفع بالحجيّة في المادة المدنيّة متمثّلة في وحدة الخصوم والموضوع والسّبب، وهذه الشّروط (شروط التمسّك وشروط الدفع) هي شروط حجيّة الحكم المدنيّ على القضاء المدنيّ.

كما سبقت الإشارة إلى الاتّجاهات المختلفة لتحديد أساس هذا المبدأ، وظهرت أنّ أولاها بالاعتبار هو أنّ حجيّة الحكم المدنيّ على القضاء المدنيّ تقوم على المصلحة الجماعيّة والفرديّة التي أنيط بها تحقيقها، والّذي يقوم على اعتبارين هما: وضع حدّ للمنازعات، تجنّب تناقض الأحكام.

ولا تتعلّق حجيّة الحكم المدنيّ على القضاء المدنيّ بالنّظام العامّ في القانون المدنيّ الجزائريّ حيث تمنع المادّة 338 منه المحكمة من أن تأخذ بالحجيّة من تلقاء نفسها، بينما استقرّ القانون المصريّ على اعتبارها من

(1) نصّت عليه المادّة 101 من قانون الإثبات المصريّ و 116 من قانون المرافعات المصريّ وكذا نصّت عليه المادّة 1351 من القانون المدنيّ الفرنسيّ.

النظام العامّ بنصّه في المادّة 101 من قانون الإثبات و116 من قانون المرافعات على أنّ الحجيّة تقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها، وهذا الاتّجاه الأخير أوفق مع المصلحة الّتي تقرّرت الحجيّة لأجلها وذلك بوضع حدّ للمنازعات وعدم فسح المجال لقيام أحكام متعارضة تغضّ من هيبة مرفق القضاء.

وتظهر حجيّة الحكم المدنيّ على القضاء المدنيّ بشكل إيجابيّ في حقّ المدّعي في التمسّك بما سبق الفصل فيه للمطالبة في دعوى جديدة، وكذلك لزوم استجابة القاضي لطلب الخصوم في التمسّك بما قضت به الأحكام السّابقة، كما تظهر في حقّ القاضي في إثارة حجيّة الحكم القضائيّ من تلقاء نفسه إذا كانت المنازعة المطروحة أمامه مستندة على مسألة سبق الفصل فيها في التّشريعات التي تجيز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه.

بينما تظهر بشكل سلبيّ في حقّ المدّعى عليه في دفع الدّعوى لسبق الفصل فيها، ولزوم استجابة القاضي لهذا الدفع متى تحقّق من سبق القضاء في المسألة نفسها بموضوعها وسببها وبين نفس الأطراف، وحق القاضي في إثارة الحجيّة من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تمسّك الخصوم في التّشريعات الّتي تجيز ذلك.

أمّا في حالة مخالفة حجيّة الحكم القضائيّ بحيث يصدر حكم في دعوى جديدة مناقض لحكم سابق صادر في دعوى سابقة مع اشتراك الدّعويين في الخصوم والمحلّ والسّبب، فإنّه إن كان طريق الاستئناف في هذا الحكم الجديد ما زال متاحا فإنّه يتعيّن وُلُوجَه قصد إلغائه، وإذا كان الاستئناف غير متاح تعيّن الطّعن فيه بالنّقض وهو ما نصّت عليه المادّة 233 من قانون الإجراءات المدنيّة الّتي تقرّر أنّ "الطّعن بالنّقض لا يبنى إلاّ على أحد الأوجه التالية: 1- عدم الاختصاص أو تجاوز السّلطة. 2-مخالفة أو إغفال قاعدة جوهريّة في الإجراءات. 3- انعدام الأساس القانونيّ للحكم. 4- انعدام أو قصور أو تناقض الأسباب. 5- مخالفة أو خطأ في تطبيق القانون الدّاخلي أو قانون أجنبي متعلّق بالأحوال الشخصيّة. 6-تناقض الأحكام النهائيّة الصّادرة من محاكم مختلفة".

وجعلت المادّة 234 من قانون الإجراءات المدنيّة للمحكمة العليا نقض الحكم المخالف لحكم سابق من تلقاء نفسها، حيث نصّت على أنّه "يجوز للمحكمة العليا من تلقاء نفسها أن تنقض الحكم لأحد الأوجه الواردة في المادّة 233"

وهكذا يتبيّن أنّ حجيّة الحكم المدنيّ على القضاء المدنيّ لا تقتصر على وجوب التّسليم لما سبق الفصل فيه والامتناع عن إعادة نظر الدّعوى لأجل ذلك، بل تظهر أيضا في استحقاق القضاء المخالف للإلغاء والنّقض متى أثبت الخصوم ذلك أو اكتُشفت تلك المخالفة من طرف المحكمة العليا.

كما اعتبرت المادّة 194 من قانون الإجراءات المدنيّة وجود تناقض في أحكام نهائيّة صادرة بين نفس الأطراف وبناءً على نفس الأسانيد من نفس الجهة القضائيّة حالة من حالات التماس إعادة النّظر في الأحكام.

ثانيا: حجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء الجنائيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

1. حجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء الجنائيّ في الشّريعة الإسلاميّة.

المقرّر في فقه الشّريعة أنّ الحكم القضائيّ الصّادر في المسألة الجنائيّة يمنع من تحديد متابعة ذات الشّخص عن نفس الوقائع، وهذا منعا من اضطراب الأحكام وحتّى يكون الشخص في مأمن من أن يكون مستهدفا بالمتابعة أكثر من مرّة لذات الوقائع.

ويعتمد ذلك على أنّ الشّريعة تمنع القاضي والخصوم من المساس بالحكم القضائيّ متى صدر، بحيث لا يجوز نقض قضاء القاضي متى اعتمد على الثّابت من أحكام الشّريعة بنصّ أو إجماع، أو كانت نتيجة اجتهاد مستساغ فيما هو محلّ الاجتهاد[1].

وهذه الحجيّة تلقي بظلالها على القاضي والخصوم على السّواء لأنّ نصوص الشّريعة قد منعت من أن يجتمع في المسألة الواحدة قضاءان لحديث النّبي ﷺ: **"لا يقضينّ أحد في قضاء بقضائين"**[2].

فإنّ ما سبق عرضه على القضاء وتمّ الفصل فيه لا ينبغي عرضه مجددا للمناقشة، ولا يجوز العدول عنه بحكم جديد وإلاّ كان إيجادا لقضائين في قضاء واحد وهو منهيّ عنه، إضافة لذلك فإنّ حكم القاضي الجنائيّ يُعتبر اجتهادا منه في تقدير الوقائع وتكييفها وتحديد الحكم الشرعيّ واجب التّطبيق فيها وإنزاله عليها، وهذا الاجتهاد منه يُعتبر حجّة على كلّ اجتهاد لاحق لاتصاله بالقضاء سواءً أتضمّن إدانة أم براءة، وهذا لأنّ الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله، وهي قاعدة محلّ إجماع في فقه الشريعة[3].

وهكذا تظهر حجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء الجنائيّ مانعة من تجديد متابعة المتّهم عن نفس الوقائع، ويكون على القاضي متى عرضت عليه أن يمتنع عن نظر هذه الدعوى ويكون للمتّهم أن يدفعها بسبق الفصل فيها.

بل تظهر حجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء الجنائيّ بدور إيجابيّ حينما يتمسّك متّهم آخر متابع بنفس الوقائع بسبق الفصل في متابعة الأوّل بشكل مانع من متابعته هو، بأن يكون الحكم الأوّل قد صدر ببراءة المتّهم الأوّل لأسباب موضوعيّة لكون الفعل غير مجرّم شرعا كالتفاضل في صور ليست معدودة من صور ربا الفضل، أو أنّ شروط الفعل المستحقّ للعقاب غير مكتملة كأن يكون المسروق أدنى من الحدّ المستوجب

---

(1) انظر مبحث نقض القضاء ص 38–40 من هذا البحث.

(2) سبق تخريج الحديث ص55 من هذا البحث.

(3) انظر: السّيوطيّ، **الأشباه والنّظائر**...، ص101؛ ابن نجيم، **الأشباه والنّظائر**، ص105.

للقطع، فيكون تمسّك المتّهم الثّاني بما يثبته الحكم من عدم استحقاق هذا الفعل للعقاب للمطالبة بالحكم ببراءته، أو إعفائه من حكم الحدّ، بل يكون على القاضي متى اطّلع على الحكم الأوّل أن يقضي ببراءة المتّهم الثّاني حتى لا يوجد في المسألة الواحدة قضائين، قضاء يحكم بكون الفعل ليس جرما مستحقا للحدّ والآخر يقضي بكونه كذلك.

وأمّا تعلّق حجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء الجنائيّ بالنّظام العامّ فهو أمر لا غبار عليه لأنّ فقه الشّريعة يتّجه إلى اعتبار الحجيّة متعلّقة بالنّظام العامّ بشكل مطلق بحيث يكون واجب القضاة إثارة سبق الفصل من تلقاء أنفسهم[1].

ويبقى أنّه من الضّروريّ أن نميّز حجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء الجنائيّ في الشّريعة الإسلاميّة عن قاعدة تداخل العقوبات، ذلك أنّ الحجيّة يظهر أثرها في الدعوى المستقبليّة بحيث يتوجب وضع الحكم ذي الحجيّة محل احترام واعتبار فلا تعاد متابعة المتّهم عن نفس الوقائع لسبق الفصل فيها، ويُراعى ما قضى به الحكم اعتمادا على أسباب موضوعيّة ببراءة المتّهم الأوّل حال متابعة غيره على نفس الوقائع.

أمّا قاعدة تداخل العقوبات في الشّريعة الإسلاميّة فإنّها تتعلّق بالوقائع السّابقة عن الحكم بالعقوبة والّتي تتّحد معها في النوع بحيث لا يعاقب المتّهم حال إدانته إلاّ بعقوبة واحدة، كمن يسرق مرارا فإنّه يعاقب بعقوبة الحدّ على جميع سرقاته قبل الحكم، أو الّتي من أنواع مختلفة إلاّ أنها تحمي مصلحة واحدة[2].

2. حجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء الجنائيّ في القانون الوضعيّ. يعتبر الحكم الصّادر في المسائل الجنائيّة حجّة على الكافّة، ويتعلّق بالنّظام العام[3] ولهذا فإنّه يكون للمحكمة أن تثير حجّيته من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى تمسّك الخصوم.

وقد تقرّر مبدأ حجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء الجنائيّ في القانون الجزائريّ في نصوص أهمّها المادّة 2/311 من قانون الإجراءات الجزائيّة حيث نصّت على أنّه: "...لا يجوز أن يُعاد أخذ شخص قد برّئ قانونا أو اتّهامه بسبب الوقائع نفسها حتّى ولو صيغت بتكييف مختلف"[4].

فإنّ هذه المادّة تجعل للحكم الجنائيّ الصّادر حجيّة على القضاء الجنائيّ مانعة من إعادة متابعة نفس الشخص عن نفس الوقائع ولو كيّفت بشكل مختلف، وكذلك نصّت المادّة 6 من قانون الإجراءات الجزائيّة

(1) انظر ص 152-153 من هذا البحث.

(2) انظر: عبد القادر عوده، **التّشريع الجنائيّ الإسلاميّ**، ج1 ص747.

(3) انظر: إدوار غالي الذّهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**... ص72.

(4) وهو ذات المعنى الذي نصت عليه المادّة 368 من قانون الإجراءات الفرنسيّ.

الجزائريّ على أنّ صدور الحكم الحائز لقوّة الشّيء المقضيّ سبب لانقضاء الدّعوى العموميّة الرّامية إلى تطبيق العقوبة[1].

ويعتبر هذا الانقضاء مانعا من إعادة متابعة المتّهم على نفس الوقائع الّتي صدر بشأنها حكم حائز لقوّة الأمر المقضيّ، ومعنى ذلك أنّ للحكم الجنائي حجيّته على القضاء الجنائيّ بحيث يكون مانعا من إصدار حكم جديد بدعوى جديدة يتابع فيها نفس الشّخص عن نفس الوقائع[2].

وتمثّل هذه الحجيّة المانعة من إعادة المتابعة صورة لحجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء الجنائيّ في القانون الوضعيّ، وهو دورها السلبيّ، بينما لحجيّة الحكم الجنائيّ دور إيجابيّ يمارسه على القضاء الجنائيّ حيث يمكن لأحد المساهمين في الجريمة أن يتمسّك بالحكم الجنائيّ القاضي ببراءة أحد المساهمين والمبنيّ على أسباب موضوعيّة كأن يكون الفعل غير معاقب عليه للمطالبة بالحكم بالبراءة.

ذلك أنّ الحكم بإدانة شخص على واقعة جنائيّة لا يمنع من متابعة غيره عن ذات الواقعة في دعوى أخرى بصفته شريكا مثلا، ولا يمكن لهذا الغير أن يدفع هذه الدّعوى بحجيّة الحكم الصّادر بشأن الشخص المدان لاحتمال أن يصير هو أيضا مدانا، ولأنّ الحكم بإدانة المتّهم لا يعني براءة غيره[3].

بينما الحكم ببراءة شخص يختلف بحسب تأسيس الحكم بالبراءة، فإن كان الحكم بالبراءة مؤسّسا على أسباب شخصيّة تتعلّق بالمتّهم المتابع في الدّعوى كانعدام القصد الجنائيّ فإنّ ذلك لا يمنع من متابعة غيره عن ذات الواقعة في دعوى أخرى بصفته فاعلا، أمّا إذا كان الحكم بالبراءة مؤسّسا على أسباب موضوعيّة تتّصل بماديات الجريمة وتكييفها القانونيّ لعدم صحّة الواقعة أو عدم العقاب عليها، بحيث أنّ الأسباب الّتي بُنيت عليها البراءة تؤدّي بذاتها إلى براءة باقي المتّهمين في دعوى جديدة بذات الواقعة، فإنّ للمتهمين في الدّعوى الثّانية التمسّك بحجيّة الحكم القضائيّ الأوّل في المطالبة بالحكم ببراءتهم على أساس أنّ الحكم الأوّل قد قضى بعدم صحّة الواقعة أو عدم العقاب عليها، ومع هذا فلا تمتنع متابعتهم، بل والحكم بإدانتهم[4]، فهم في تمسّكهم بحجيّة الحكم الجنائيّ يطرحونه كوسيلة إثبات يدعمون بها دفاعهم في موضوع الدّعوى، ويكون حَريا بالقاضي إعمالا لحجيّة الحكم الأوّل إذا تضمّن الحكم بعدم ثبوت الواقعة أو عدم العقاب عليها القضاء بالبراءة للمتّهمين والمتابعين بنفس الواقعة.

---

(1) وهو ذات المعنى الذي نصّت عليه المادة (6) من قانون الإجراءات الجزائيّة الفرنسيّ والمادة (454) من قانون الإجراءات الجنائيّة المصريّ.

(2) GASTON STEFANI, GEORGES LEVASSEUR, BERNARD BOULOC, *op. cit.*, **p. 816.**

(3) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص373؛ عبد الحميد الشواربي، **حجيّة الأحكام**...ص289.

(4) انظر: عبد الحكم فوده، نفسه، ص 361؛ عبد الحميد الشّواربي، نفسه، ص 290.

وتعتبر حجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء الجنائيّ متعلّقة بالنّظامّ العام على اعتبار أنّ حجيّة الأمر المقضيّ من النّظام العامّ في المسائل الجزائيّة بالإجماع[1]، وهذا لأنّ الحكم الجنائيّ يصدر باسم المجتمع كافّة ولمصلحته العامّة، ولهذا فلا يملك الخصوم التنازل عن التمسّك بحجيّة الحكم الجنائي، وللقاضي إثارة هذه المسألة من تلقاء نفسه على اعتبار أنّ صدور الحكم الجنائيّ النهائيّ يعدّ النهاية الطبيعيّة للدّعوى الجنائيّة وانقضائها كما دلّت عليه المادّة 6 من قانون الإجراءات الجزائيّة الجزائريّ.

ومن المهمّ هنا الإشارة إلى أنّ حيازة الحكم الجنائيّ للحجيّة تكون رهينة حيازته لقوّة الأمر المقضيّ وهي بدورها مرتبطة بصيرورته باتّا، بمعنى عدم قابليته للطّعن بالطرق العاديّة وهي المعارضة والاستئناف، والطريق غير العادي متمثلا في الطّعن بالنّقض سواء باستنفاذها أو بفوات مواعيدها، ويكون الحكم الجنائيّ باتّا ولو كان قابلا للطّعن فيه بطريق التماس إعادة النّظر، إذ هو طريق استثنائيّ غير مقيّد بمواعيد ومحدود بحالات معيّنة[2].

ولذلك يشترط لحيازة الحكم الجنائيّ على القضاء الجنائيّ إضافة إلى صحّته وصدوره عن جهة قضائيّة مختصّة بحكم فاصل في الموضوع أن يكون الحكم نهائيّا، وهو ما دلّت عليه المادّة 6 من قانون الإجراءات الجزائيّة حيث جعلت سبب انقضاء الدّعوى العموميّة الرّامية إلى تطبيق العقوبة هو صدور حكم حائز لقوّة الشّيء المقضيّ.

ويشترط للدّفع بحجيّة الحكم الجنائيّ وحدة المتّهم والوقائع كما سبق بيانه، بينما تكفي وحدة الوقائع للتمسّك بحجيّة الحكم الجنائيّ أمام القضاء الجنائيّ حال كونه حكما بالبراءة مؤسّسا على أسباب موضوعيّة تتعلّق بماديات الجريمة وتكييفها القانونيّ كعدم صحّة الواقعة أو عدم العقاب عليها.

ثالثا: حجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء المدنيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

1. حجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء المدنيّ في الشريعة الإسلاميّة.

---

(1) انظر: السّنهوريّ، **الوسيط**...ج2 ص641-642؛ عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص27؛ إدوار غالي الذّهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص72.

(2) انظر: معوّض عبد التّواب، **نظريّة الأحكام**...ص38.

تحوز الأحكام الجنائيّة حجيّة على القضاء بصفة عامّة، ويعتبر ما تمّ تقريره من أحكام بالبراءة أو الإدانة واجب الاحترام والتّسليم فيما يستقبل من دعاوى مدنيّة تهدف إلى المطالبة بحقوق تستند في ثبوتها إلى ما قرّره الحكم الجنائيّ.

وينطلق القول بحجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء المدنيّ في الشّريعة الإسلاميّة من النّصوص والقواعد ذاتها التي تؤسّس لمشروعيّة المبدأ، والّتي لا تقتصر على نوع معيّن من الحجيّة، بل توجب الاحترام والتّسليم والنفاذ لكلّ أحكام القضاء[1].

وتتعلّق هذه الحجيّة بالنّظام العامّ شأنها شأن الحجيّة عامّة، بحيث يكون للخصوم التمسّك بها ويكون واجبا على القاضي إثارتها من تلقاء نفسه، ولا يقوم تبرير هذه الحجيّة على ما للقاضي الجنائيّ من صلاحيات في تحرّي الحقيقة لأنّه يرتبط في النّظام الإسلاميّ بالأدلّة المعتبرة شرعا في إثبات وقوع الجرائم لا بمجرّد قناعته الشّخصيّة، كما لا يقوم على أنّ المصلحة الّتي يرعاها متمثّلة في المصلحة العامّة مقدّمة على المصلحة الّتي يرعاها الحكم المدنيّ متمثّلة في المصلحة الفرديّة، لأنّ المصلحة الحقيقيّة للحجيّة متمثّلة في استقرار الأحكام القضائيّة وقطع الخصومات وحفظ هيبة القضاء مصالح عامّة لا تفرّق بين جنائيّ ومدنيّ، وهي تبريرات الحجيّة بكلّ أشكالها.

وهكذا فمتى التجأ المتضرّر إلى القضاء المدنيّ طالبا الحكم بالتّعويض استنادا إلى ما قرّره الحكم الجنائيّ توجّب على المحكمة الاستجابة متى توافرت شروط حيازته للحجيّة، وكان بين الدّعويين وحدة أساس المسؤوليّة (الجنائيّة والمدنيّة).

ولّما كان من المقرّر في فقه الشّريعة أنّ الاجتهاد لا ينقض بمثله، وأنّه لا يجوز نقض أحكام القضاء لمجرّد اختلاف الاجتهاد، فإنّ الحكم المدنيّ متى كان سابقا على الحكم الجنائيّ لم يكن لهذا الأخير أيّة حجيّة عليه، ولم تجز مراجعة الحكم المدنيّ السّابق لأنّ الجنائيّ قد أقرّ حقيقة جديدة لو وجدت قبل صدور الحكم المدنيّ لاختلف الأمر، وهذا منعا من عدم استقرار الأحكام وتجديد الخصومات.

وقد تمسّك بعض الباحثين في نسبة القول بعدم حجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء المدنيّ إلى القضاء الشرعيّ بما صدر عن هذا الأخير من قرارات تنفي هذه الحجيّة، فقد قال حسن بن أحمد الحمّاديّ: "إلاّ أنّ الأئمّة من شيوخ القضاء الشرعيّ يكاد إجماعهم ينعقد على نفي حجيّة الشيء المحكوم فيه الصّادر عن الحكم الجنائيّ أمام القضاء المدنيّ الشرعيّ، ولا يشذّ عن هذا الاتّجاه إلاّ بعض أحكام قضائيّة"[2].

(1) انظر: مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة ص 88-114 من هذا البحث.

(2) **نظريّة حجيّة الحكم القضائي**، ص348.

وقد أورد بعض الأمثلة على ذلك منها:

– ما قضت به محكمة أسيوط الإبتدائيّة الشّرعيّة بأنّ القتل العمل الموجب للحرمان من الإرث، هو ما أوجب القود أو الكفّارة، ولا يكون كذلك إلاّ إذا ثبت بالاعتراف أو بدليل شرعيّ، وبما أنّ حكم محكمة الجنايات لم يُبن على صدور اعتراف من الأشخاص المتّهمين بقتل والدهم، فإنّه لا يصلح أن يكون مستندا على القتل الّذي يمنع الإرث[1].

– ما قضت به محكمة مصر الابتدائيّة الشرعيّة من أنّ حكم المحكمة الجنائيّة لا يحوز حجيّة الأمر المقضيّ فيه أمام المحكمة الشرعيّة لأنّ المحكمة الشرعيّة غير مقيّدة بأحكام محكمة الجنايات، لأنّ محكمة الجنايات تبني أحكامها سواءً بالعقوبة أو البراءة على ما يكوّن قضاتها من اعتقاد، سواء أكان ذلك الاعتقاد مأخوذ من دليل أو شبهة دليل أو من قرينة، وهذا لا يمكن الأخذ به شرعا، لأنّ القتل لا يثبت شرعا إلاّ بإقرار أو بيّنة، ولا يكفي في إثباته القرائن على ما عليه المعتمد، كما أنّ براءة الجاني لا يمكن أن تتحقّق شرعا بعد اعترافه بجريمة إلاّ حيث يثبت بالبيّنة ما يدّعيه[2].

– ما قضت به المحكمة العليا الشرعيّة من أنّ حكم محكمة الجنايات لا يصحّ الاستناد إليه في ثبوت القتل، لأنّه لم يُبن على مستند شرعيّ من اعتراف أو شهادة شهود[3].

والحقيقة أنّ العلّة في عدم اعتماد المحكمة العليا الشرعيّة المصريّة وكذا المحاكم الابتدائيّة الشرعيّة بالحكم الجنائيّ الصّادر في القضايا الجنائيّة ليس سببه عدم القول بحجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء المدنيّ كما تصوّره الحمّادي، وراح يشنّع على الاجتهاد الشرعيّ الذّي لم يعتدّ بأحكام محكمة الجنايات بالإدانة بتهمة القتل.

بل أنّ السبب كما ردّدته هذه الأحكام والاجتهادات راجع إلى عدم صحّة الحكم في نظرها لأنّه لم يعتمد وسائل الإثبات الشرعيّة، واكتفى بعقيدة القاضي مستندا للحكم بإدانة القاتل، خلافا للشّريعة الّتي لا تعتدّ في ذلك إلاّ بالاعتراف أو الشّهادة العادلة.

(1) قضية رقم 3، سنة 1912، محكمة أسيوط الابتدائيّة الشّرعيّة، 15جوان1912، **منتخبات الأحكام الشّرعيّة**، ج1 ص316 (نقلا عن: حسن بن أحمد الحمّاديّ، **نظريّة حجيّة الحكم القضائي** ، ص349)

(2) قضية رقم 8، سنة 1927–1928، محكمة مصر الابتدائيّة الشّرعيّة، 30 أفريل 1929م، **مجلة المحاماة الشّرعيّة**، سنة1، عدد1، ص25 (نقلا عن : المرجع نفسه، ص350)

(3) استئناف رقم 216، سنة 1929–1930، المحكمة العليا الشّرعيّة، بتاريخ 30 أكتوبر 1930، **مجلة المحاماة الشّرعيّة**، سنة2، عدد3، ص257 (نقلا عن: المرجع نفسه، ص354)

فالمسألة مسألة اختلاف نظام إثبات، ينجرّ عنها عدم إضفاء الصحّة على الحكم القضائيّ وينجرّ عن ذلك عدم القول بحجيّته، لا لنوعه بل لمستنده.

أمّا الحكم القضائي الجنائيّ المعتمد على وسائل الإثبات الشرعيّة فهو حجة قاطعة أمام القضاء المدنيّ في فقه الشّريعة وقضائها، وهو ما يُفهم من الأحكام السّابقة الذكر.

2. حجّية الحكم الجنائيّ على القضاء المدنيّ في القانون الوضعيّ. ***يُعتبر مبدأ حجّية الحكم الجنائيّ على القضاء المدنيّ مبدأ مستقرّا في القانون الوضعيّ على اعتبار أنّ حجّية الأحكام الجنائيّة مطلقة وعلى الكافّة[1].***

وقد تقرّر هذا المبدأ في القانون الجزائريّ بنصّ المادّة 339 من القانون المدنيّ الجزائريّ حيث نصّت على أنّه "لا يرتبط القاضي المدنيّ بالحكم الجنائيّ إلاّ في الوقائع الّتي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريّا"[2].

وقد نصّت المادّة 456 من قانون الإجراءات الجنائيّة المصريّة على أنّه "يكون للحكم الجنائيّ الصّادر من المحكمة الجنائيّة في موضوع الدّعوى الجنائيّة بالبراءة أو بالإدانة قوّة الشّيء المحكوم به أمام المحاكم المدنيّة في الدّعاوى الّتي يكون قد فصل فيها نهائيا فيما يتعلّق بوقوع الجريمة وبوصفها القانونيّ ونسبتها إلى فاعلها، ويكون للحكم بالبراءة هذه القوّة سواء بُني على انتفاء التّهمة أو على عدم كفاية الأدلّة، ولا تكون له هذه القوّة إذا كان مبنيّا على أنّ الفعل لا يعاقب عليه القانون".

فإنّ هاتين المادّتين تدلاّن على تقيّد القاضي المدنيّ بما فصل فيه الحكم الجنائيّ نهائيّا بالبراءة أو الإدانة سواء ما تعلّق بصحّة الوقائع وتكييفها باعتبارها جرما أو نسبتها للمتّهم، إلاّ أنّ تقيّد القاضي المدنيّ بالحكم الجنائيّ قاصر على الوقائع التي فصل فيها الحكم الجنائيّ وكان فصله ضروريّا لإقامة قضائه، ولهذا فإذا عرض لوقائع لا يستلزمها الفصل في الدّعوى الجنائيّة بالبراءة أو بالإدانة فلا يتقيّد بها القاضي المدنيّ[3].

وتتعلّق حجّيّة الحكم الجنائيّ على القضاء المدنيّ بالنّظام العامّ على اعتبار الصّلة الوثيقة بالمصلحة العامّة، إذ أنّ القول بعدم حجّيّته على المدنيّ يقود إلى التّشكيك في الحكم الجنائيّ الّذي يعتبر حجّة مطلقة متى أصبح نهائيّا، ولذلك فإنّه يجوز التمسّك بها في أي حالة كانت عليها الدّعوى ولو لأوّل مرّة أمام المحكمة العليا، وعلى القاضي المدنيّ إثارتها من تلقاء نفسه.

---

(1) GASTON STEFANI, GEORGES LEVASSEUR, BERNARD BOULOC, *op. cit.*, p817.

(2) بنفس العبارة نصّت المادّة 102 من قانون الإثبات المصريّ.

(3) انظر: علي عوض حسن، **الدفع بعدم جواز نظر الدّعوى**...ص69-70.

ويذهب القضاء الفرنسيّ إلى أنّ الدّفع بحجيّة الحكم الجنائيّ أمام القضاء المدنيّ ليس من النّظام العامّ، فلا يجوز إثارته من تلقاء نفسه إذا لم يتمسّك به الخصم، ولا يجوز الدّفع به لأوّل مرّة أمام محكمة النّقض[1]، وهذا خلافا للرّأي الغالب في الفقه الفرنسيّ والّذي يعتبرها من النّظام العامّ[2].

وقد انتقد الفقه الفرنسيّ موقف القضاء وذلك لأنّ احترام الحكم الجنائيّ مصلحة عامّة، وقاعدة حجيّة الجنائيّ على المدنيّ تتطلّبها الضّرورات الاجتماعيّة[3].

ويقوم تبرير مبدأ حجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء المدنيّ على ما للقاضي الجنائيّ من صلاحيات واسعة لتحرّي الحقيقة، وعدم الاكتفاء بدليل واحد[4]، خلاف القاضي المدنيّ الّذي يكون مقيّدا في تحرّي الحقيقة بطلبات الخصوم وطرق الإثبات المحدّدة قانونا، كما يبرّر مبدأ حجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء المدنيّ بنوع المصلحة الّتي يرعاها كل منهما، فإنّ المصلحة التي يقصد الحكم الجنائيّ تحقيقها ورعايتها متمثّلة في رعاية مصلحة المجتمع مقدّمة على المصلحة الّتي يقصد الحكم المدنيّ تحقيقها ورعايتها متمثّلة في تعويض المتضرّر وهي مصلحة فرديّة[5]، وكذلك أنّ الخصم المنتصب في الدّعوى الجنائيّة هو المجتمع ممثّلا في النّيابة العامّة بينما الخصم المنتصب في الدّعوى المدنيّة هو المتضرّر وحده.

وهكذا فمتى وقعت جريمة وكانت السّبب المباشر في إحداث ضرر للغير، فإنّه تنشأ عنها دعويان، تتمثّل الأولى في الدّعوى الجنائيّة يكون للقاضي فيها سلطة واسعة في التحرّي وقبول الأدلّة وتقديرها، مع انتصاب المجتمع ممثّلا في النّيابة العامّة خصما قصد حماية مصلحته، وتتمثّل الثّانيّة في الدّعوى المدنيّة، يكون القاضي فيها مقيّدا من حيث الإثبات والطّلبات، مع انتصاب المتضرّر خصما رعاية لمصلحته الفرديّة[6]، فكان من المنطق أن يكون للحكم الجنائيّ سلطان على الحكم المدنيّ وأولويّة تتمثّل في اعتباره حجّة فيما قضى به من براءة أو إدانة من حيث وقوع الجريمة ونسبتها للفاعل وتكييفها.

---

(1) req. 2févr.1910, D.1910.1.141; 7juill.1954, B.crim.1954, n°202; civ. 20 janv 1971, j.c.p. 1971.II. 16712; civ. (2) 15 déc. 1980, j.c.p. 1981. Iy.85. (cités par: GASTON STEFANI, GEORGES LEVASSEUR, BERNARD BOULOC, *op. cit.*, p827)

(2) Ibid, pp. 826-827.

(3) Ibid, p 826.

(4) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**...ص465.

(5) انظر: إدوار غالي الذّهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص13-48.

(6) قد تكون الدّعوى المدنيّة النّاشئة عن الجريمة دعوى تعويض الضّرر الناشئ مباشرة عن الجريمة، كما قد تكون غيرها خصومة كدعوى التّطليق النّاشئة عن جريمة الزّنا، أو بطلان العقد النّاشئة عن التّزوير، ودعوى الحرمان من الإرث النّاشئة عن جريمة قتل المورّث...

ويشترط لحيازة الحكم الجنائيّ حجيّة على القضاء المدنيّ من حيث الشّكل أن يكون الحكم الجنائيّ صادرا في مسألة جنائيّة، سواء أصدرت من محكمة الجنايات أم محكمة الجنح أم من محكمة مدنيّة متعلّقة بجرائم الجلسات، وأن يكون فاصلا في موضوع الدّعوى الجنائيّة، وأن يكون نهائيّا (باتّا).

أمّا من حيث الموضوع فيشترط أن يكون بين الدّعويين وحدة، مسألة بأن يكون أساس المسؤوليّة الجنائيّة ذاته أساس المسؤوليّة المدنيّة، وأن يكون ما فصل فيه القاضي الجنائيّ لازما لإصدار حكمه ولهذا تكون الحجيّة قاصرة على المنطوق وعلى الأسباب المؤديّة إليه، وأن يكون المقضيّ به جنائيّا على سبيل اليقين[1].

والحقيقة أنّ هذه الشّروط واضحة في ظلّ ما سبق بيانه من شروط حيازة الحكم القضائيّ للحجيّة سواءً أكان جنائيّا أم مدنيّا، ويبقى أنّ حجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء المدنيّ لا يمكن أن تحدث مفاعيلها إلاّ بافتراض عدم الفصل في الدّعوى المدنيّة بشكل نهائيّ، ولهذا فإذا صدر حكم قضائيّ نهائيّ في الدّعوى المدنيّة فإنّه حتّى ولو صدر بعد ذلك حكم جنائيّ باتّ فلا حجيّة له على الدّعوى المدنيّة الّتي استقرّ أمرها قبل ذلك[2].

ويرى بعض الباحثين أنّ عدم رجعيّة الحكم المدنيّ على ما سبقه من الأحكام المدنيّة يمكن اعتباره قياسا على عدم رجعيّة النصوص القانونيّة إلاّ بنصّ خاصّ وهذا تحقيقا للاستقرار القانونيّ.

والواضح أنّ عدم حجيّة الأحكام الجنائيّة على القضاء المدنيّ في الدّعاوى المفصولة نهائيّا قبل صدور الأحكام الجنائيّة تقوم أساسا على أنّ فاعليّة الحجيّة تكون فيما يخصّ الدّعاوى المستقبلة لا الماضية، كما أنّ علّة استقرار المراكز القانونيّة أوضح في الأحكام منها في النصوص.

ولأجل ضمان مبدأ عدم تعارض الأحكام القضائيّة بمنع القضاء المدنيّ إصدار أحكام نهائيّة قبل الفصل بحكم باتّ في الدّعوى الجنائيّة فقد ظهرت قاعدة "الجنائيّ يوقف المدنيّ" ومفادها إرجاء الفصل في الدّعوى المدنيّة لحين الفصل في الدّعوى الجنائيّة.

فقد نصّت المادّة 04 من قانون الإجراءات الجزائيّة على أنّه "يجوز أيضا مباشرة الدّعوى المدنيّة منفصلة عن الدّعوى العموميّة غير أنّه يتعيّن أن ترجئ المحكمة المدنيّة الحكم في تلك الدّعوى المرفوعة أمامها لحين الفصل نهائيّا في الدّعوى العموميّة إذا كانت قد حرّكت".

---

(1) انظر: عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ**... ص468-476؛ إدوار غالي الذّهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص123.

(2) انظر: عبد الحكم فوده، نفسه، ص488.

وواضح أنّ تقرير قاعدة إرجاء الفصل في الدّعوى المدنيّة إلى غاية الفصل في الدّعوى الجنائيّـــة كـــان الغرض منه هو دعوة المحكمة المدنيّة إلى الاعتداد بما قضى به الحكم الجنائيّ وليس مجرّد تحكم لا هدف منـــه، ومع هذا فإنّ قاعدة "وقف الجنائيّ للمدنيّ" لا تدلّ بذاتها على حجيّة الحكم الجنائيّ على القضاء المدنيّ بشكل قاطع، إذ قد يكون المقصود بإيقاف الدّعوى المدنيّة هو مجرّد إعطاء فرصة للقاضي المدنيّ للاستعانة بما توصّل إليه الحكم الجنائيّ دون أن يكون ملزما له[1].

خلاصة مقارنة

(1) إدوار غالي الذّهبي، **حجيّة الحكم الجنائيّ**...ص41-42.

ختاما للمبحث الموسوم بـ "آثار حجيّة الحكم القضائيّ على القضاة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ" فإنّه يمكن تسجيل جملة من الملاحظات على النّحو التّالي:

1- يتّفق القانون الوضعيّ مع الاتّجاه الغالب في فقه الشّريعة على عدم تعقّب القضاة في أحكامهم دون متظلّم ما دامت صادرة من قاضٍ معتبر، فلا يجوز فحص أحكامه قصد تقرير صحّتها أو خطئها، كما لا يجوز التّعرّض لها بالنّقض والإبطال، وقد خالف اتجاه في فقه الشّريعة فأجاز ذلك لما فيه من فضل احتياط.

وقد تبيّن باستعراض الأدلّة ترجّح اتجاه المانعين لتعقّب الأحكام القضائيّة دون متظلّم منعا من مفسدة المساس بهيئة القضاء والتّشكيك في صحّة أحكامها.

2- يختلف القانون الوضعيّ عن الشّريعة الإسلاميّة في أنّه يمنع تتبّع القضاة في أحكامهم بشكل تامّ حال مخالفتها للقواعد الموضوعيّة للقانون ما دامت قد سلمت إجرائيا من العيوب الجسيمة التي تجعل أحكامها معدومة وتحصّنت عن الطّعن فيها، بينما تعتبر الشّريعة الأحكام القضائيّة المخالفة للأحكام الثّابتة بنصّ من القرآن أو السنّة أو الإجماع معدومة، وهكذا فلا تتحصّن عن الطّعن فيها ونقضها متى تمّ الاطلاع عليها لأنّها منكر واجب التّغيير، وكذلك الأحكام التي يثبت أنّ القاضي قضى فيها بجوْر بيّن لا تأويل له، إذ أنّ الشريعة لا تقرّ الظُلم الصّريح ولو كان على حساب ما يلزم من هيبة مرفق القضاء ومنع تجديد النّزاع.

3- يتّفق القانون الوضعيّ في الاتّجاه الغالب في فقه الشّريعة المُجيز لتعقّب القضاة في أحكامهم بشرط التظلّم من أطراف الخصومة، إلا أنّه بينما يجيز القانون الوضعي التعقّب بشكل غير مقيّد بتقديم مبرّر أو وجود خطأ في الحكم القضائي كما في حالة الاستئناف، فإنّ الفقه الشّرعي يميل إلى التّضييق من فرص التظلّم حملا للأحكام على الصّحّة ولهذا فيشترط جانب كبير منهم أن يتوافر لدى المتظلّم ما يدلّ على خطأ في الحكم يستوجب نقضه.

4- يختلف القانون الوضعيّ عن الشّريعة الإسلاميّة اختلافا جوهريّا حول المُكنة التي للقضاة حال إعادة عرض النّزاع عليهم، فبينما يجعل القانون الوضعيّ لجهة الاستئناف سلطة الحكم بشكل مختلف أو مناقض للحكم الأوّل دون اعتبار للاجتهاد الذّي قام عليه، فإنّ الفقه الشّرعيّ يتّفق على أنّ إعادة نظر القضيّة بناء على تظلّم الخصوم لا يجيز إعادة نظر القضيّة بشكل لا يُعتبر فيه قضاء السّابق، إذ لا يجوز نقض الاجتهاد المتّصل بالقضاء لمجرّد اختلاف الاجتهاد.

5- يختلف القانون الوضعيّ عن الفقه الشرعيّ من حيث اعتماد درجات التّقاضي، فبينما يعتمد القانون الوضعيّ مبدأ التّقاضي على درجتين بشكل مستقرّ في الأنظمة القضائيّة، فإنّ الفقه الشّرعيّ قد اختلف بين من يرى وجوب كون التّقاضي على درجة واحدة ومن يرى إمكانيّة التّقاضي على درجتين.

وقد تبيّن من خلال عرض آراء الاتّجاهين في فقه الشّريعة ترجّح مذهب المجيزين للتّقاضي على درجتين خاصّة وأنّ حال القضاة في الغالب الأعمّ في زماننا لا يخرج عن عدّهم قضاة ضرورة يجوز تعقّب أحكامهم، بينما انصرف دليل المانعين لذلك للقضاة العلماء العدول وهم فئة خلا عنها الزمان وانحصـــرت عـــن إدراك شروطها القضاة.

6- يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة حول أوجه اعتبار الحكم القضائي في الـــدّعاوى اللاّحقـــة وهذا بجعل حجيّة الحكم القضائي حاجزة للقضاة عن النّظر فيما سبق الفصل فيه وموجبة عليه اعتماد مـــا سبق الفصل فيه في الدّعاوى اللاّحقة، فأمّا الوجه الأوّل فيكون بالامتناع عن قبول الدّعوى التي تطرح علـــى القضاة نفس النّزاع الذّي سبق الحكم فيه بحيث لا يكون محلاّ لنشاط قضائيّ يناقشه مجدّدا بإجراءات مبتدأة، وأمّا الوجه الثّاني فيكون بالاستجابة لطلب المدّعي في التمسّك بحجيّة الحكم القضائيّ.

7- يختلف القانون الوضعيّ عن الشّريعة الإسلاميّة في أنّه لا يلزم القضاة بإثارة الحجيّة من تلقاء أنفسهم في المادة المدنيّة، حيث يميل الفقه القانونيّ إلى عدّها قاعدة مقرّرة لمصلحة الخصوم، ويسنده التّشريع في نصّ المادة 338 من القانون المدني الجزائري والذّي لا يجيز للمحكمة أن تثير الحجيّة من تلقاء نفسها، بينما يجعل الفقه الشرعيّ واجب القاضي هو الامتناع عن نظر الدّعوى لسبق الفصل فيها بغضّ النّظر عن طلب المدّعى عليـــه ذلك أم لا، وهو ما ينطبق على المادة المدنيّة والجزائيّة على السّواء.

إلاّ أنّ هذا الاختلاف غير وارد في ظلّ الأنظمة القانونيّة الّتي تعتبر قاعدة الحجيّة من النّظام العامّ في المادّة المدنيّة والجزائيّة على السّواء كما في القانون المصريّ (المادّة101 من قانون الإثبات).

8- يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة في وجوب الاستجابة لطلب المدّعي في التّمسّـــك بحجيّـــة الحكم القضائي وهذا في دعوى جديدة يتمسّك فيها بمسألة سبق الفصل فيها ويستند عليهـــا للمطالبـــة في الدّعوى الجديدة، وإذا كانت الشّريعة الإسلاميّة توجب على القضاة إثارة حجيّة الحكم القضائيّ من تلقـــاء نفسها بغضّ النظر عن تمسّك المدّعي بها، فإنّ القانون الوضعي في ظل الأنظمة التي لا تعتبرها من النّظام العام في المادّة المدنيّة لا تجيز للقاضي إثارتها إلاّ في المادة الجزائيّة إذا لم يتمسّك بها المدّعي، وهو ما يفـــتح المجـــال لصدور أحكام متناقضة إذا لم يتمسّك الخصوم بالحجيّة في المادّة المدنيّة.

فتبيّن ممّا تقدّم أنّ منهج الشّريعة أوفق في إعمال حجيّة الحكم القضائيّ ومنع ما يترتّب عن عدم الأخـــذ به من مفاسد، خاصّة وأنّ هيبة القضاء ومنع تناقض الأحكام هي مقاصد منوط تحقيقها بالقضاة ابتداء بغضّ النّظر عن تمسّك الخصوم بها.

9- يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة ضمن إعمال مبدأ الحجيّة على أنّ مخالفة حجيّة الحكم القضائي حال إصدار حكم في دعوى جديدة مناقض لحكم سابق صادر في دعوى سابقة مع اشتراك الدّعويين في الخصوم والمحلّ والسّبب تكون نتيجتها هو نقض وإبطال الحكم الجديد، وهو ما يسمّى ببطلان الأحكام القضائيّة المخالفة لمبدأ الحجيّة.

وخلافا لحالة عدم جواز إثارة الحجيّة من القاضي المدنيّ من تلقاء نفسه فإنّ القانون الوضعي يجعل للمحكمة العليا نقض الحكم المخالف من تلقاء نفسها (المادّة 234 قانون إجراءات مدنيّة) وهو ما يتوافق مع منهج الشّريعة في فسخ وإبطال كلّ حكم مخالف لحكم سابق عنه لا يستأهل النّقض.

10- يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة حول صور اعتبار الحكم القضائيّ في الدّعاوى اللاّحقة وهذا من خلال إقرار حجيّة الحكم المدنيّ على المدنيّ وحجيّة الحكم الجنائيّ على الجنائيّ والمدنيّ على السّواء، وإذا كان الفقه الشّرعيّ ينطلق من مبدأ واحد في إعمال أنواع الحجيّة وهي حمل الحكم القضائيّ على الصحّة وامتناع نقضه فإنّ القانون الوضعيّ تتعدّد فيه مبرّرات إعمال الحجيّة بحسب الصّور المذكورة، فهي تظهر في حجيّة الحكم المدنيّ كقاعدة مقرّرة لمصلحة الخصوم، لهم أن يتمسّكوا بها ولهم أن يتنازلوا عنها، بينما تظهر في حجيّة الحكم الجنائيّ كقاعدة من قواعد النّظام العامّ على اعتبار أنّ الحكم الجنائيّ حجّة على الكافّة.

المبحث الثّاني: آثار حجيّة الحكم القضائي على الاجتهاد الفقهيّ في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ

يتميّز النّشاط القضائيّ المنتج للحكم القضائيّ بأنّه جهد فكريّ يبذله القاضي لاستخلاص الحكم القضائيّ الواجب تطبيقه في المسألة المعروضة بتطبيق نصوص القانون على الوقائع المعروضة.

وتطرح طلبات الخصوم رفقة الوقائع والأدلّة مجموعة الإشكالات الّتي تُطرح على القاضي وتتطلّب موقفا تجاهها متمثّلا في حكم قضائيّ معتمدا على النّصوص الصّريحة القاطعة في تقرير بعضها ويُعمل فكره اجتهادا في انتقاء أحد الآراء الفقهيّة أو إبداع حلّ باجتهاده حتّى لا يكون منكرا للعدالة في البعض الآخر.

ومتى صدر الحكم القضائيّ المؤسّس على الاجتهاد فيما هو محلّ للاجتهاد فقد تقرّر الاجتهاد الّذي اعتمده وترجّح الرّأي الّذي اختاره القاضي في عين المسألة المحكوم فيها، وبالتّالي نفذ الاجتهاد المُرجّح تجاه الاجتهادات الأخرى، كما ترفع المسألة المحكوم فيها من أن تكون محلاّ للفتوى واختلاف الرّأي ما دامت قد أضحت محكوم فيها.

ويعتبر ذلك انعكاسا طبيعيّا لما يناله الحكم القضائيّ من حجيّة تبسط ظلالها على الفكر والاجتهاد قبل أن تبسطها على واقع القضاء والحكم على الدّعاوى المستقبلة خاصّة في ظلّ النّظام الإسلاميّ الّذي يرتكز أساسا على البعد الدّينيّ ومخاطبة الوازع والضّمير وقواعد الحلّ والحرمة قبل أن يرتكز على الحكم القضائيّ المستند على الظّواهر وما يطرح من أدلّة وقرائن.

وسأحاول أن أعرض لهذه الأفكار من خلال مطلبين على النّحو التّالي:

المطلب الأوّل: نفاذ القضاء في المجتهدات في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الثّاني: رفع الحكم القضائيّ للخلاف الفقهيّ في عين المسألة المحكوم فيها في الشّريعة الإسلاميّة.

المطلب الأوّل: نفاذ القضاء في المجتهدات في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

يعتبر جهد القاضي الّذي يبذله في تمحيص الوقائع المعروضة وتكييفها ودراسة طلبات الخصوم وتنزيل النّصوص عليها اجتهادا منه لبلوغ ما يجب أن يطبّق من حكم على النّزاع المعروض بحيث يكون الحكم القضائيّ الّذي يصدره ثمرة هذا الاجتهاد، وهذا لا يلغي أن يكون في المسألة اجتهاد آخر، سواء منه لو

عاود نظر القضيّة أو من غيره لو نظرها مجدّدا، وهذه نتيجة لاختلاف العقول البشريّة في تقدير الأمور وما يلزم من حلول، وتنتصب حجيّة الحكم القضائيّ مرجّحا لما قام عليه هذا الأخير من اجتهاد بحيث أنّه متى اتّصل هذا الاجتهاد بالقضاء وصدر في صورة حكم قضائيّ فقد أصبح أولى بالاعتبار من غيره من الاجتهادات في المسألة، وهنا يُطرح التّساؤل حول مدى نفاذ الاجتهاد المتّصل بالقضاء في كلّ من الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ، ويكون تناول ذلك على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: نفاذ القضاء في المجتهدات في الشّريعة الإسلاميّة.

الفرع الثّاني: نفاذ القضاء في المجتهدات في القانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: نفاذ القضاء في المجتهدات في الشّريعة الإسلاميّة.

يستند القاضي في إصداره للحكم في ظلّ النّظام القضائيّ الإسلاميّ على مصادر التّشريع المقرّرة وهي القرآن والسنّة والإجماع والاجتهاد، ومعنى هذا أنّه متى صادف القاضي محلاّ ورد في حكمه نصّ من القرآن أو من السّنّة أو الإجماع فليس له أن يقرّر في حكمه إلاّ ما قضى به الحكم الشّرعيّ وإلاّ عرّض حكمه للنّقض على ما سبق بيانه في مبحث نقض الأحكام القضائيّة.

أمّا إذا صادف القاضي محلاّ مجتهدا فيه فقضى فيه باجتهاد لم يخالف فيه نصّا ولا إجماعا فقد ترجّح اجتهاده على اجتهادات غيره في المسألة المحكوم فيها، وأصبح اجتهاده الّذي قضى به نافذا بحيث أنّه لا يجوز له أن يغيّره بتغيّر اجتهاده، كما يحرم على غيره من القضاة نقض حكمه باجتهادهم[1].

وعلّة هذا التفضيل والتّقديم هو اتصال الاجتهاد بالقضاء، قال الزّيلعي:"وإذا رفع إليه حكم حاكم أمضاه إن لم يخالف الكتاب والسنّة المشهورة والإجماع، لأنّه لا مزيّة لأحد الاجتهادين على الآخر وقد ترجّح الأوّل باتصال القضاء به فلا ينتقض بما هو دونه..."[2].

ومعنى هذا أنّ اختيار القاضي لأحد الآراء في المسألة المحتملة لأكثر من رأي، وحكمه فيها بمقتضاه يجعله في موقع تقديم وتفضيل في عين المسألة المحكوم فيها، وتغدو الآراء الّتي كانت مساوية له أو أفضل منه في نظر الفقه والاجتهاد دونه مرتبة، بل إنّها تغدو في الغالب الأعمّ من الفقه الإسلاميّ المانع من المساس بالحكم القضائيّ الاجتهاديّ في حكم العدم متى تعلّق الأمر بالمسألة المحكوم فيها.

---

(1) راجع: تحريم نقض الأحكام القضائيّة من هذا البحث ص 36-38.

(2) **تبيين الحقائق**...ج4 ص188.

أوّلا: عدم جواز رجوع القاضي عمّا قضى به لتغيّر اجتهاده.

متى أصدر القاضي حكمه في المسألة المعروضة أمامه للفصل فيها فقد امتنع عليه تغيير حكمه ولو تغيّر اجتهاده الذّي أسّس عليه حكمه، وفي هذا دليل على نفاذ قضائه في المجتهدات، وأساس ذلك حديث النّبيّ ﷺ: "لا يقضينّ أحد في قضاء بقضائين ولا يقضينّ أحد بين خصمين وهو غضبان"[1]، فقد دلّ الحديث على أنّ النّهي الصّادر في حقّ اجتماع القضائين في قضاء واحد إنّما القصد منه هو النّهي عن القضاء الثّاني، فكان القضاء الأوّل نافذا ما دام صحيحا، وعلامة صحّته ألاّ يكون مخالفا لنصوص الشّريعة وقواعدها، فإن كان مؤسّسا على اجتهاد فيما هو محل اجتهاد فيكون منهيّا على القاضي مصدر الحكم أن يقضي بغيره إن تبدّل اجتهاده.

بل إنّ دلالة الحديث قاصرة على نفاذ قضائه في المجتهدات بحيث لا يملك الرّجوع عنه، لأنّه لا يمكن تسميته ما صدر عنه ثانيا بقضاء كما سمّاه الحديث إلاّ إذا كان مخالفا للقضاء الأوّل، لأنّه لو كان موافقا لكنّا بصدد قضاء واحد لا قضائين، وواقع المخالفة محصور بين أن يكون القضاء الأوّل مؤسّسا على نصّ من الكتاب أو السنّة أو الإجماع، فيكون القضاء الثّاني هدرًا معدوما في ميزان الشّرع، فلم يوجد قضاء ثان، فلا تكون هذه الحالة مقصودة في الحديث، وإمّا أن يكون القضاء الأوّل مخالفا لنصوص الكتاب والسنّة والإجماع فيكون هدرا معدوما في ميزان الشّرع ويكون القضاء اللاّحق هو القضاء الوحيد المعتدّ به في نظر الشّريعة، فلم يوجد قضاء أوّل، فلا تكون هذه الحالة مقصودة في الحديث.

فتبيّن أنّ مقصود الحديث هو حالة كون القضاء الأوّل مؤسّسا على اجتهاد، وكون القضاء الثاني مؤسّسا على اجتهاد آخر مختلف عنه، فيكون مقصود الحديث الشريف نهي القاضي عن القضاء مجددا فيما هو محلّ اجتهاد بحكم مختلف نظرا لتغيّر اجتهاده، وهو غاية ما أريد الاستدلال له.

وقد سبقت الإشارة إلى أنّ عمر رضي الله عنه لم يغيّر قضاءه بتغيّر اجتهاده في المسألة المشتركة، وقال مجيبا لسائله:"تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا"[2]، قال ابن قدامة:"وإن تغيّر اجتهاده ولم يخالف نصّا ولا إجماعا لم

(1) سبق تخريجه ص 55 من هذا البحث.

(2) سبق تخريجه ص 55 من هذا البحث

ينقض حكمه لما رُوي عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنّه حكم في المشركة بإسقاط ولد الأبوين ثمّ شرّك بينهم بعد"[1]، ومن ذلك عدم ردّ شريح القاضي قضاء نفسه بتوريث ابن البنت استنادا لقوله تعالى:

(...[illegible] ...)[2] رغم أن ابن الزّبير رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ اعترض على الاجتهاد الّذي بنى عليه قضاءه.

وقد تضافرت عبارات الفقهاء في عدم نقض القاضي قضاء نفسه في المجتهدات إذا تغيّر اجتهاده، وله أن يحكم باجتهاده الثّاني في مستقبل الحوادث[3]، قال السمناني: "...ولا ينقض القاضي حكمه باجتهاد جديد... ولا ينقضه باجتهاد أظهر عنده من الأوّل، بل يستأنف الحكم والقضاء، ولا يردّ الأوّل"[4].

وهذا الرّأي هو الرّاجح في المذهب المالكي خلافا لمن رأى جواز فسخ القاضي للحكم إلى ما هو أحسن منه وأصوب[5]، وقد جاء في الفتاوى الهنديّة: "لو قال القاضي بعدما قضى في حادثة، رجعت عن قضائي أو أبطلت حكمي أو وقفت على تلبيس الشهود أو أراد أن يبطل حكمه، لا يعتبر هذا الكلام منه، والقضاء ماض على حاله"[6].

وحتّى يتبيّن ترجّح القول بعدم العدول عن الحكم القضائيّ من طرف القاضي مصدر الحكم وكذلك بيان الاستثناء المتمثّل في حالة مخالفة الحكم للنصّ أو الإجماع فقد اخترت التّعرّض لذلك بشكل موجز، والمقصود بالعدول هنا هو رجوع القاضي عن الحكم الذّي أصدره سواءً أكان ذلك بطلب الخصوم أم من تلقاء نفسه ويكون حكم العدول حسب حالتين:

الحالة الأولى: تحريم العدول، وهذا حالة كون الحكم القضائيّ الصادر موافقا لنصوص القرآن والسنّة وإجماع العلماء أو كان مؤسّسا على اجتهاد فيما هو محلّ اجتهاد، والقول بتحريم العدول عن الحكم الاجتهاديّ هو

---

(1) **الكافي**...ج4 ص450.

(2) **سورة الأحزاب**، الآية 6.

(3) انظر: ابن نجيم، **الأشباه والنّظائر**، ص105-106 ؛ السّيوطيّ، **الأشباه والنّظائر**... ص101.

(4) **روضة القضاة**...ج1 ص319.

(5) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**... ج1 ص71.

(6) نظّام وجماعة، ج3 ص 332.

قول غالب الفقهاء[1]. وهو الرّأي الّذي صحّحه الأئمّة المتأخّرون من المذهب المالكي[2]، وهو المرويّ عن ابن القاسم عن مالك أنّه لا يرجع القاضي فيما قضت به القضاة ممّا اختلف النّاس فيه[3]، وهو قول سحنون وابن الماجشون[4].

قال الباجي: "إذا تبيّن للقاضي أنّ الحقّ في غير ما قضى به فسخ حكم ذلك، إذا لم يوافق فيه من اختلاف الفقهاء قول قائل، وإن وافق قول قائل منهم لم يفسخه وأمضى ما حكم به، قاله غير واحد من شيوخنا"[5]، وجاء في البدائع:"إن قضى في حادثة وهي محلّ الاجتهاد برأيه ثمّ رفعت إليه ثانيا فتحوّل رأيه، يعمل بالرأي الثّاني، ولا يوجب هذا نقض الحكم بالرأي الأوّل، لأنّ القضاء بالرّأي الأول قضاء مجمع على جوازه لاتّفاق أهل الاجتهاد على أنّ للقاضي أن يقضي في محلّ الاجتهاد بما يؤدّي إليه اجتهاده، فكان هذا قضاء متّفقا على صحّته، ولا اتّفاق على صحّة هذا الرأي الثّاني فلا يجوز نقض المجمع عليه بالمختلف"[6].

ولا يقتصر أمر تحريم العدول على مجرّد تغيّر الرّأي فيما يتعلّق بالحكم الواجب في المسألة، بل إنّ تغيّر قناعته في تقدير الوقائع أو عدالة الشّهود، أو صدق الحجج والأدلّة الّتي استند إليها لا يمنحه حقّ العدول عن حكمه[7].

وعلّة تحريم عدول القاضي عن قضائه بقضاء جديد فيما هو محلّ اجتهاد أنّ القاضي إذا حكم بشيء في المسائل المجتهد فيها، ثمّ تغيّر اجتهاده فلا ينقض اجتهاده الأوّل باجتهاد جديد، لأنّ الاجتهاد الثّاني ليس أولى بالأخذ من الأوّل[8] بل إنّ الاجتهاد الأوّل أرجح لاتصاله بالقضاء[9].

وذهب اتجاه عند المالكيّة إلى أنّ للقاضي العدول عن حكمه متى تبيّن له ما هو أحسن منه[1]، وقيل أنّه مشهور مشهور المذهب، وهو قول ابن القاسم[2] وهو مروي عن أبي ثور[3]، قال ابن القاسم: "إذا قضى بقضية فيها اختلاف

---

(1) انظر: الباجي، **فصول الأحكام**...ص 177؛ ابن أبي الدّم، **أدب القضاء**، ص77؛ ابن قدامة، **المغني**، ج11 ص467؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3 ص476 ؛ الكاساني، **بدائع الصّنائع**...ج7 ص14؛ السمناني، **روضة القضاة**...ج1 ص319؛ الآمدي، **الإحكام**...ج3 ص232.

(2) انظر: ابن فرحون، **التبصرة**، ج1 ص62.

(3) **انظر: المدوّنة**، ج4 ص76.

(4) **انظر**: نفسه، ج1 ص63؛ ابن المناصف، **تنبيه الحكّام**...ص304.

(5) نفسه، ص176-177.

(6) انظر: الكاساني، نفسه، ج7 ص5.

(7) نظّام وجماعة، **الفتاوى الهنديّة**، ج3ص332-333.

(8) انظر: السّيوطي، **الأشباه والنّظائر**...ص101؛ ابن نجيم، **الأشباه والنّظائر**، ص105.

(9) انظر: الزيلعي، **تبيين الحقائق**...ج4 ص188.

اختلاف بين العلماء، ثمّ تبيّن له أنّ الحقّ في غير ما قضى به فلينقض قضيته وإن كان أصاب بالأوّل قول قائل من أهل العلم"[4].

اعتمد جمهور الفقهاء في منع العدول عن الحكم الاجتهادي بأدلّة أظهرها:

1-ما روي عن النّبيّ ﷺ كان يقضي بالقضاء ثم يترل القرآن بغير الذّي قضى به فلا يردّ قضاءه ويستأنف[5]، فقد دلّ الحديث على أنّ القاضي إذا قضى في حادثة باجتهاده ثمّ رأى خلاف ما قضى به لم ينقض ما مضى من القضاء لكنّه يستأنف الحكم في المستقبل بما تحوّل إليه رأيه، وهذا لأنّ النّبيّ ﷺ حين اجتهد لم يكن النصّ قد نزل فيكون اجتهاده قد صادف محلّه[6].

2-أنّ الاجتهاد الّذي استند إليه الحكم الأوّل مجمع على صحّته لأنّ للقاضي أن يحكم بما يراه حقّا، وهو إنّما ينقضه بقوله، وهو مختلف في صحّته، "فلا يجوز نقض ما صحّ بالاتّفاق بقول مختلف في صحّته"[7].

3-أنّ في منع العدول عن الحكم القضائيّ منع لاستمرار الخصومة والمنازعة، وهي سبب الفساد، وما أدّى إلى الفساد فساد[8].

و لم أعثر عند المالكيّة فيما رجعت إليه سندا لما اعتمدوا عليه، وقد بيّن ابن قدامة حجّتهم في ذلك[9]، ويمكن تلخيصها في أمرين:

1-قول عمر رضي الله عنه في رسالته الشّهيرة إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه: **"ولا يمنعنّك قضاء قضيته بالأمس ثمّ راجعت نفسك اليوم فهديت لرشدك أن تراجع فيه الحقّ، فإنّ الرجوع إلى الحقّ خير من التّمادي في الباطل"**[10]، ووجه دلالته على رأيهم أنّ العدول إلى الرأي الثّاني رجوع إلى الحقّ فلزم نقض ما يراه خلافه وهو الحكم الأوّل.

2-أنّ القاضي مطلوب بالحكم بالحقّ والصّواب، وقد تبيّن له خطأ ما حكم به فلزم نقضه.

---

(1) انظر: ابن عبد الرفيع، **معين الحكّام**...ص638.

(2) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص63؛ ابن المناصف، **تنبيه الحكّام**...ص304.

(3) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج11 ص404.

(4) ابن المناصف، نفسه.

(5) ذكره الخصّاف عن الشّعبي (انظر: عمر بن عبد العزيز ، **شرح أدب الخصّاف**، ص 326).

(6) انظر: عمر بن عبد العزيز، نفسه، ص326-327.

(7) الكاساني، **بدائع الصّنائع**... ج7 ص14.

(8) انظر: نفسه.

(9) انظر: ابن قدامة، نفسه.

(10) سبق تخريجه ص 33 من هذا البحث.

ويبدو أنّ ما اعتمدّه القائلون بالعدول ضعيف لا يصمد أمام البحث والتّحقيق، وذلك أنّ فهم مقولة عمر بن الخطّاب رضي الله عنه على الوجه الّذي فهموه غير صحيح، وهو أنّ الفهم الصّحيح هو أنّ القاضي مطالب بالأخذ بالاجتهاد الثّاني على اعتبار أنّه الحقّ في نظره، وغير ملزم على البقاء على الاجتهاد الأوّل الذي تبيّن له خطأه، ومعنى هذا أنّ القاضي ممنوع من البقاء على الاجتهاد الأوّل لأنّه قضى به ما دام قد تبيّن خطأه بالاجتهاد الجديد.

قال ابن القيّم مفسّرا لقول عمر رضي الله عنه: "يريد أنّك إذا اجتهدت في حكومة، ثمّ وقعت لك مرّة أخرى فلا يمنعك الاجتهاد الأوّل من إعادته، فإنّ الاجتهاد قد تغيّر، ولا يكون الاجتهاد الأوّل مانعا من العمل بالثّاني إذا ظهر أنّه الحقّ، فإنّ الحقّ أولى بالإيثار لأنّه قديم سابق على الباطل، فإن كان الاجتهاد الأوّل قد سبق الثّاني، والثّاني هو الحقّ، فهو أسبق من الاجتهاد الأوّل لأنّه قديم سابق على ما سواه، ولا يبطله وقوع الاجتهاد الأوّل على خلافه، بل الرجوع إليه أولى من التّمادي على الاجتهاد الأوّل"[1].

وهذا الذّي فسّر به ابن القيّم مقولة عمر رضي الله عنه أوفق مع منهجه، حيث غيّر اجتهاده في المسألة المشتركة و لم ينقض حكمه الأوّل وقال: **"تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا"**[2]، قال ابن القيّم معلّقا على الرواية:"فأخذ أمير المؤمنين في كلا الاجتهادين بما ظهر له أنّه الحقّ، و لم يمنعه القضاء الأوّل من الرّجوع إلى الثّاني، و لم ينقض الأوّل بالثّاني، فجرى أئمة الإسلام بعده على هذين الأصلين"[3].

وممّا تقدّم تبيّن أنّه لا متمسّك لهم بمقولة عمر رضي الله عنه.

وأمّا ما اعتمدوه من أنّ القاضي ملزم بالحكم بالحقّ وقد تبيّن الحقّ في غير ما قضى فلزم العدول عن حكمه، فإنّه معارض بنصّ الحديث في قوله صلى الله عليه وسلم:**"لا يقضينّ أحد في قضاء بقضائين..."**[4] إذ أنّ عدوله عن الحكم السابق بحكم جديد إيجاد لقضائين في أمر واحد وهو منهي عنه، فدّل على أنّ العدول باطل.

كما أنّ نقض حكمه باجتهاد ثان والحكم بخلافه مدعاة للعدول ثانية متى أحدث اجتهادا آخر في المسألة، وهو فتح لباب فساد عظيم بعدم استقرار الأحكام ومسّ بهيبة القضاء، واستمرار للخصومات والمنازعات.

وبناء على ذلك فإنّ رأي جمهور الفقهاء أصوب، بل هو الحقّ الذي يجب القول به واعتماده.

---

(1) **إعلام الموّقعين**...ج1 ص87.

(2) سبق تخريجه ص 55 من هذا البحث.

(3) **أعلام الموّقعين**...نفسه.

(4) سبق تخريجه ص 55 من هذا البحث.

الحالة الثّانية: وجوب العدول. وهذا حالة كون الحكم القضائيّ الصّادر مخالفا لنصوص القرآن والسنّة وإجماع العلماء، وهو القدر المشترك بين المذاهب الأربعة[1]، وزاد الشافعيّة حالة كون الحكم مخالفا للقياس الجليّ[2]، واعتمده المالكيّة وزاد عليه حالة مخالفته للقواعد[3]، وقال الحنفيّة: إذا كان حكما لا دليل عليه وجب نقضه[4]. وكلّ هذا عائد إلى أنّه مخالف لأحكام الشّريعة الثّابتة، لأنّ القاضي مأمور بالحكم بها معزولا عن الحكم بغيرها.

ثانيا: عدم جواز نقض القاضي لحكم غيره من القضاة لاختلاف الاجتهاد في الشّريعة الإسلاميّة.

متى أصدر القاضي حكمه في المسألة المعروضة أمامه للفصل فيها فقد امتنع على غيره نقضها لاختلاف اجتهادهم ورأيهم عن رأي من حكم فيها، وفي هذا دليل على نفاذ القضاء في المجتهدات.

وقد تضافرت عبارات الفقهاء في تحريم نقض القاضي قضاء غيره فيما هو محلّ للاجتهاد[5] وعلّة ذلك اتّصال الاجتهاد الأوّل بالقضاء فكان مقدّما على غيره من الاجتهاد[6]، كما أنّ في ذلك دفعا لمضرّة استمرار الخصومات والمنازعات وذهاب الثّقة بأحكام القضاء وعدم استقرار المراكز الشّرعيّة للنّاس[7].

بل إنّ واجب القضاة هو فسخ كل حكم قضائي ناقض لحكم سابق عنه دون وجه حقّ، إنّما لمجرّد اختلاف الرّأي ما دام القاضي الّذي أصدر الحكم الأوّل مأمونا في أحكامه، عدلا في أحواله، بصيرا بقضائه، لم يخالف قطعيا من كتاب أو سنّة أو إجماع[8].

---

(1) انظر: مالك، **المدوّنة**، ج12 ص144؛ ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص62؛ ابن عبد الرّفيع، **معين الحكّام**...ص639؛ الشّافعيّ، **الأمّ**، ج6 ص208؛ ابن أبي الدّم، **أدب القضاء**، ص77؛ ابن قدامة، **المغني**، ج11ص407؛ البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3 ص478؛ الميرغيناني، **الهداية**...ج7 ص300؛ السّرخسي، **المبسوط**... ج16 ص784.

(2) انظر: ابن أبي الدّم، نفسه.

(3) انظر: ابن فرحون، نفسه.

(4) انظر: المرغيناني، نفسه.

(5) انظر: ابن فرحون، نفسه، ج1ص57؛ الباجي، **فصول الأحكام**... ص177؛ ابن أبي الدّم، نفسه؛ ابن قدامة، نفسه؛ البهوتي، نفسه، ج7 ص478؛ الكاساني، **بدائع الصّنائع**...ج7 ص14؛.

(6) انظر: الزيلعي، **تبيين الحقائق**...ج4 ص188.

(7) انظر: الكاساني، نفسه؛ الآمدي، **الإحكام**...ج3 ص232.

(8) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1 ص79.

كما أنّ واجب القاضي إذا رُفع إليه قضاء غيره أن يجيزه وينفذه ما دام غير مخالف لنصّ من كتاب أو سنّة أو إجماع ولو خالف رأي القاضي المرفوع إليه[1].

ومما تقدّم يتبيّن أنّ الأصل في الفقه الإسلاميّ عدم نقض الأحكام القضائيّة، إذ الأصل أن تصدر هذه الأحكام غير مخالفة لأحكام الشّريعة وبمقتضى تولية صحيحة ويكون القاضي مستوفيا لشروط التّولية، ومتى تمّ ذلك على النّحو المذكور فإنّه قد تبيّن أنّ غالب الفقهاء على منع عدول القاضي عن حكمه بعد إصداره خلافا لما اشتهر عن المذهب المالكيّ من جواز نقض الحكم القضائيّ من طرف القاضي مصدر الحكم إلى ما هو أحسن منه، وقد تبيّن أنّ القول بعدم أحقيّة العدول في المذهب المالكي هو المرويّ عن الإمام مالك وهو أحد الرأيين المعتمدين في المذهب وصوّبه متأخّرو أئمة المذهب.

كما تبيّن أنّ عبارات الفقهاء في منع نقض القاضي أحكام غيره متضافرة تدلّ على أنّ ذلك هو القول المعتمد في الفقه الإسلاميّ ما دام الحكم القضائيّ غير مخالف لأحكام الشّريعة وبمقتضى تولية صحيحة وكان القاضي مستوفيا لشروط القضاء.

ومع هذا فقد وردت بعض العبارات تخالف هذا الأصل، ومن ذلك ما صرّح به المالكيّة من أنّه إن قامت البيّنة على أنّ القاضي قصد الحكم بغير ما قضى به، وأنّ ذلك وقع منه سهوا أو غلطا فإنّ لغيره أن ينقضه[2]، وهو ما صرّح به بعض الحنفيّة[3]، كما قال المالكيّة أن القاضي إذا قضى ظنّا وتخمينا من غير نصّ إلى إلى اجتهاد في الأدلّة فإنّ حكمه ينقض[4].

ومن ذلك ما صرّح به الأحناف من أنّ الحكم في موضع الخلاف بما يخرج عن أقاويل الفقهاء كلّهم باطل يجب نقضه، لأنّ الحقّ لا يعدو أقاويلهم، والحكم بغير أقاويلهم يُعتبر حكما بغير الحقّ[5].

وقال أبو يوسف بنقض حكم القاضي إذا قضى خلاف رأيه ومذهبه وهو لا يذكر ذلك[6].

---

(1) انظر: ابن فرحون، نفسه، ج1ص74.

(2) انظر: ابن فرحون، نفسه، ج1 ص64.

(3) الطّرابلسيّ، **معين الحكّام**...ص30.

(4) ابن جزي، **القوانين الفقهيّة**، ص232؛ ابن عبد الرفيع، **معين الحكّام**...ص639.

(5) الكاساني، **بدائع الصّنائع**...ج7 ص4.

(6) السمناني، **روضة القضاة**...ج1 ص319. وقد أطلق الطرابلسي القول بجواز نقض القاضي أحكام نفسه إذا ظهر له الخطأ وإن كان قد أصاب قول قائل (انظر: **معين الحكّام**...ص29) إلاّ أنّ نقول المذهب الحنفي تأباه فلا يعتدّ به.

إلاّ أنّ هذه الاستثناءات لا تهدم القاعدة لأنّ منع نقض الأحكام يستند أساسا على النّصوص العامّة الدّالة على احترام الأحكام القضائيّة، وكذا عبارات الفقهاء المطلقة في امتناع نقض الحكم القضائيّ من القاضي مصدر الحكم أو من غيره، وغاية عمل هذه الاستثناءات أن تقيّد هذه القاعدة بقيود عند القائل بها.

على أنّه يجب الإشارة إلى أنّ وجوب نقض الحكم المخالف للشّريعة يعدّ ميزة الشّريعة الإسلاميّة، إذ لا يمكن لدين أن يعترف بصحّة ما يخالفه وإلاّ كان ذلك عودا عليه بالهدم، فإن الشّريعة تعترف بالحصانة لما تمّ من الأحكام غير مخالف لها، أمّا ما تمّ مجافيا لها متنكّبا على صراطها فهو في نظرها في حكم العدم، بل هو ضلال يجب بيان بطلانه إحقاقا للحقّ الّذي عليه قامت أصول الشّريعة وفروعها.

الفرع الثّاني: نفاذ القضاء في المجتهدات في القانون الوضعيّ.

المقصود هنا بالاجتهاد هو ما يبذله القاضي في فهم وقائع الدّعوى وتكييفها وتقدير الأدلّة المعروضة، وتحديد النّصوص القانونيّة الّتي تنظّمها، وتطبيق هذه النّصوص على الوقائع بمراعاة الطّلبات المقدّمة في ضوء الإجراءات التي يتطلّبها القانون، وسواء أتمّ نظر هذه الأبعاد للدّعوى جميعها كما يحدث في الاستئناف أم تمّ الاقتصار على نظر مدى تطبيق القانون كما يحدث عند الطّعن بالنّقض.

وحتّى تطرح هذه الفكرة كمثيلتها في الفقه الإسلامي فإنّ المقصود هنا بدراسة نفاذ القضاء في المجتهدات في القانون الوضعيّ هو مدى اعتبار الاجتهاد الصّادر من القاضي بالأبعاد المشار إليها بحيث يعتدّ بهذا الاجتهاد فلا يُلغى باجتهاد آخر من نفس القاضي (المحكمة) أو من غيره من القضاة.

أوّلا: عدم جواز رجوع القاضي عمّا قضى به لتغيّر اجتهاده.

متى أصدر القاضي حكمه في المسألة المعروضة أمامه للفصل فيها فقد امتنع عليه أن يتراجع عنه أو يعدّله ولو تغيّر اجتهاده، وهو ما يسمّى بنظام استنفاذ المحكمة لولايتها، ويقصد به خروج النّزاع عن سلطة المحكمة التي أصدرت بشأنه حكما سواء أكان الحكم إجرائيا أم موضوعيا[1]، فمتى أصدرت المحكمة حكمها بشأن مسألة إجرائيّة أو موضوعيّة فإنّها تغدو غير قادرة على نظر ما فصلت فيه من النّزاع من جديد، وحتّى لو تغيّر

(1) انظر: مهاب جلال عبد البرّ، **تدرّج الحجيّة في الحكم القضائيّ**، ص10.

تقدير القاضي لما يجب الحكم به أو تبيّن له أنّ ما حكم به خطأ أو باطل في نظر القانون فإنّه لا يملك فيه تعديلا بالحذف أو الإضافة حتّى ولو كان ذلك باتّفاق الخصوم[1].

فإذا قضت المحكمة بعدم الاختصاص امتنع عنها الفصل في الدّعوى بعدئذ، وإذا حكمت باختصاصها وجب عليها الفصل في الموضوع ولم يجز رفض الدّعوى لعدم الاختصاص[2]، ويعبّر عن هذا المبدأ بأنّ القاضي متى حكم في نزاع استنفذ ولايته وأصبح ليس قاضيا بالنّسبة للمسألة التي فصل فيها، ويكون تطبيق هذا المبدأ من وقت النّطق بالحكم، أمّا قبله فيعتبر مجرّد مشروع يمكن تعديله وتغييره[3]، وقد يكون الحكم القضائيّ المستنفد لولاية القاضي صريحا أو ضمنيّا، فمتى تصدّت المحكمة للموضوع وحكمت في طلب موضوعيّ اعتبر ذلك حكما ضمنيّا باختصاص المحكمة وبصحّة الإجراءات وبقبول الدّعوى ورفض الدّفوع الموضوعيّة الموجّهة إلى هذا الطلب، وبالتّالي لم يجز للمحكمة أن تعود بعد ذلك فتحكم بعدم اختصاصها أو ببطلان الإجراءات ورفض الدّعوى أو قبول أحد الدّفوع الموجّهة لهذا الطلب لأنّها تكون قد استنفدت ولايتها فيها بالتصدّي للحكم في الطّلب الموضوعيّ[4].

ويجد مبدأ استنفاذ المحكمة لولايتها سنده في أنّ إعطاء المحكمة مُكنة مراجعة الحكم بالرّجوع عنه أو تعديله لتغيّر تقدير القاضي لما يجب الحكم به يتنافى مع مبدأ فضّ المنازعات ويفتح المجال أمام القضاء لمراجعة الأحكام بشكل مستمرّ ممّا ينتج عنه عدم انتهاء النّزاع.

وقد علّل بعضهم بأنّ المبدأ يجد مبرّره في أنّ القاضي يكون بإصداره للحكم قد استفرغ جهده، وليس بمقدوره الإتيان بأحسن ممّا فعل[5]، وهو تعليل لا يمكن أن يكون صحيحا بإطلاقه، لأنّ القاضي مهما استفرغ جهده في بحث المسألة المحكوم فيها، فإنّه لو عاود النّظر لأمكنه ذلك من الإتيان بأحسن ممّا حكم، إذ لا يخلو جهد الإنسان من الضّعف والقصور، ولا تبرح قناعته التبدّل والتّعديل.

ويقتصر أثر قاعدة استنفاذ المحكمة لولايتها داخل الخصومة القضائيّة، بحيث تمتنع المحكمة من معاودة النّظر فيما فصلت فيه بحكم من مسائل إجرائيّة أو موضوعيّة، ولا يؤثّر استئناف الحكم القضائيّ القطعيّ على قاعدة استنفاذ المحكمة لولايتها، لأنّ المحكمة مصدرة الحكم لا تتصدّى لما سبق لها أن فصلت فيه، فإذا كانت

---

(1) عبد الحكم فوده، **موسوعة الحكم القضائيّ**... ص2312؛ أحمد محمد حشيش، **مبدأ عدم جواز تناقض الأحكام**، ص114-115.

(2) انظر: أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام**...ص693.

(3) انظر: أحمد أبو الوفا، نفسه.

(4) انظر: عبد الحكم فوده، نفسه.

(5) انظر: عبد الحكم فوده، نفسه، ص2311؛ أحمد أبو الوفا، نفسه، ص695.

محكمة الدّرجة الأولى فصلت في مسألة إجرائيّة فقط، وأعادت محكمة الاستئناف القضيّة إليها الفصل في الموضوع على اعتبار أنّها لم تستنفذ ولايتها فيه فإنّها لا تكون قد خالفت قاعدة الاستنفاذ، وكذلك الحال لو تصدّت محكمة الاستئناف للموضوع إذا كانت محكمة الدّرجة الأولى قد استنفدت ولايتها بالنّسبة للموضوع بحكمها.

ولا يعدّ تصدّي محكمة الاستئناف للدّعوى إذا كانت مهيّئة للفصل فيها كما تنصّ عليها المادّة 109 من قانون الإجراءات المدنيّة الجزائريّ مخالفة لقاعدة استنفاذ المحكمة لولايتها رغم أنّه يحرم المتقاضي من إحدى درجات التّقاضي، لأنّ القاعدة ذات أثر سالب مانع من التصدّي للقضيّة مرّتين وليس ملزما للحكم فيها من المحكمة التي رُفعت إليها.

ثانيا: أثر اختلاف الاجتهاد بين القضاة على الأحكام القضائيّة في القانون الوضعيّ.

يختلف القضاة في نظرهم وتقديرهم لما يقوم عليه الحكم القضائيّ نظرا لاختلافهم في فهم وقائع الدّعوى وتكييفها وتقدير الأدلّة المعروضة، وتطبيق النّصوص على الوقائع بمراعاة الطّلبات المقدمّة، ومهما عملت النّصوص القانونيّة الموضوعيّة والإجرائيّة على تقليص هوامش الاختلاف في التّقدير بين القضاة إلاّ أنّ ذلك يظلّ حتميّة ترتبط بطبيعة العمل البشريّ والسّلطة التي يمنحها القانون للقاضي والّتي ستتأثّر لا محالة بمقدار ما لديه من علم وخبرة.

والمقصود هنا هو معرفة إلى أيّ حدّ يكون للقاضي حقّ نقض وإلغاء حكم قاضي آخر بسبب اختلافه معه في تقدير ما يجب الحكم به، وقد سبق الإشارة لذلك عند الحديث عن الطّعن في الأحكام القضائيّة[1].

والحقيقة أنّ اعتماد القانون الوضعيّ لطرق الطّعن العاديّة أو غير العاديّة يقوم أساسا على إمكانيّة مراجعة الأحكام القضائيّة بسبب ما يمكن أن يشوبها من أخطاء في تقدير الوقائع أو في تطبيق القانون، وهذا ما يمنح للقاضي المطعون أمامه أن يلغي الحكم الصّادر بمجرّد أنّ تفسيره للقانون أو تقديره للوقائع والأدلّة يختلف عن القاضي مصدر الحكم كما في حالة الاستئناف[2]، إلاّ أنّ تحديد القانون التّقاضي على درجتين يمنع من استمرار إمكانيّة تغيير الحكم بناء على اختلاف اجتهاد القضاء متى تمّ استئناف الحكم وحكم فيه.

كما تظهر سلطة المحكمة العليا (محكمة النّقض) في الرّقابة على أحكام القضاة من حيث سلامة تطبيق القانون، بحيث إذا رأت المحكمة العليا أنّ تطبيق القانون يكون على نحو مختلف فإنّها تنقض ذلك الحكم

(1) انظر ص 476-485 من هذا البحث.

(2) عبد الحكم شرف، **بحث في حجيّة الأحكام**...ص27؛ محمّد نعيم ياسين، **حجيّة الحكم القضائيّ**...عدد3 ص144.

وإلاّ رفضت الطّعن وهذا دون إعادة طرح الدّعوى من جديد لمراجعتها والفصل فيها كما يحدث في الاستئناف، وهذا ما يجعل القضاة يجتهدون في احترام المبادئ القانونيّة التي تقرّها المحكمة العليا (محكمة النقض) في قراراتها حتّى لا يُعرّضوا أحكامهم للنّقض لو طُعن فيها لديها[1].

وهكذا يتبيّن أنّ القانون الوضعيّ لا يمنع من نقض اجتهاد باجتهاد آخر ما دام ذلك يكون ضمن طرق الطعن المقرّرة قانونا، بل إنّه يفترض "أنّ كل حكم صادر من محكمة نظرت القضيّة لأوّل مرّة، هو حكم عليه شبهة الخطأ أو الجور، فيجوز التظلّم منه إلى محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرته"[2].

المطلب الثّاني: رفع الحكم القضائيّ للخلاف الفقهيّ في عين المسألة المحكوم فيها في الشّريعة الإسلاميّة.

(1) انظر: فتحي والي، **الوسيط**...ص840؛ وجدي راغب فهمي، أحمد ماهر زغلول، يوسف يوسف أبو زيد، **مبادئ القضاء المدنيّ**... ص663-664.

(2) محمّد نعيم ياسين، **حجيّة الحكم القضائيّ**...ص144.

لا يقتصر أثر حجيّة الحكم القضائيّ على اجتهاد القضاة، بل يتعدّاه إلى اجتهاد الفقهاء غير القضاة، وتلك ميزة في الشّريعة الإسلاميّة لا وجود لها في القانون لارتباطها بالقيم الأخلاقيّة للدّين وقواعد الحلّ والحرمة.

ويُعتبر الاجتهاد الفقهيّ في الشّريعة الإسلاميّة واجبا شرعيّا قصد استنباط أحكام الشّريعة من مصادرها، وقد أوجد اجتهاد العلماء في مختلف المسائل الشّرعيّة مجالا مُجمعا عليه، وهو المجال الأضيق المتعلّق أساسا بما دلّت عليه النّصوص وأجمع العلماء على دلالته على معنى معيّن، ومجالا مختلفا فيه، وهو المجال الأوسع المتعلّق بما لم ترد فيه النّصوص قطعيّة الثّبوت والدّلالة، أو كان أمرا لا نصّ فيه أعمل فيه العلماء القياس وغيره من قواعد الاجتهاد فأدّى ذلك إلى اختلاف في الفقه والاجتهاد.

وقد أوجد الاختلاف الفقهيّ اختلافا في الفُتيا، لأنّ المفتي إنّما يجيب السّائل بما يعتقده صوابا وحقّا من آراء العلماء وأقوالهم مما تتحمّله النّصوص وقواعد الشّريعة، وقد ظهرت الفتوى والقضاء كمتلازمين في النّظام الإسلاميّ إجابة عن أسئلة النّاس وفصلا لمنازعاتهم، إلاّ أنّ القضاء تميّز بإلزاميّته للخصوم المتقاضين خلافا للفتوى.

والقضيّة المطروحة في هذا المطلب هو مدى حجيّة الحكم القضائيّ على الفتوى بمعنى أنّه إذا كان مجال الفتوى يشمل جانبا مهما من المنازعات بخصوصها وهو ما تعلّق بالمعاملات، وكانت الفتوى لا تمنع الفتوى، فهل أنّ صدور الحكم القضائيّ في منازعة معيّنة بعرضها على القضاء يكون مانعا من الفتوى فيها بخلافها، لأجل ذلك كان التّعرّض لهذا المطلب في فرعين على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: مفهوم رفع الحكم القضائيّ للخلاف الفقهي في المسألة المحكوم فيها.

الفرع الثّاني: آراء العلماء حول رفع الحكم القضائيّ للخلاف الفقهيّ في المسألة المحكوم فيها.

الفرع الأوّل: مفهوم رفع الحكم القضائيّ للخلاف الفقهيّ في المسألة المحكوم فيها.

رفع الحكم القضائي للخلاف الفقهيّ معناه أن يكون الحكم القضائيّ الصّادر بخصوص قضيّة معيّنة منهيا للخلاف الفقهيّ الكائن في عموم المسألة بالنّظر إلى خصوص القضيّة، ويظهر ذلك في منع الفتوى بخلاف الحكم بعد صدوره لأنها إمّا أن تكون موافقة لما حكم به، فقد تناولها الحكم فلا حاجة لها، وإمّا أن تكون مخالفة وقد ترجّح الرّأي الذي اختاره القاضي في حكمه فلا حاجة إلى غيره.

كما يظهر ذلك في حجيّة الحكم القضائيّ على اعتماد الخصوم في المسائل المختلف فيها بحيث يجوز للمحكوم له أن يأخذ ما حكم له به ولو كان يرى رأيا مخالفا إذا كان مجتهدا، أو كان يتّبع مذهبا آخر إن

كان مقلّدا، كما يكون واجبا على المحكوم عليه أن يبذل ما حكم به عليه ولو كان يرى رأيا مخالفا إذا كان مجتهدا، أو كان يتّبع مذهبا آخر إن كان مقلّدا، فبالنّسبة لرفع الحكم القضائيّ للخلاف الفقهيّ في الفتوى يظهر عند تصدّي المفتين للمسألة المختلف فيها والمتعلّقة بنزاع بين الخصوم بحيث تمثّل الفتوى اختيارا لأحد الآراء الفقهيّة في المسألة، وليست هذه الفتوى بمانعة غيرها من الفتاوى المستندة إلى آراء فقهيّة مخالفة.

فيكون رفع الحكم القضائيّ للخلاف الفقهيّ في المسألة المحكوم فيها بمعنى امتناع الفتوى بخلاف الحكم في عين القضيّة، لأنّ هذا الأخير لا يمنع الخلاف الفقهيّ الموجود ابتداءً في المسألة، وإنّما ينهي الفتوى بالآراء التي قلاها الحكم القضائيّ الصّادر في عين المسألة لو عرضت على المفتين.

وقد عُرّفت الفتوى بأنّها إظهار حكم الشّرع في الواقعة ممن لا يجب عليه إمضاؤه[1]، أو هو بيان الحكم الشّرعي والإخبار به من غير إلزام[2].

وبمقارنة هذين التعريفين بما مضى ذكره من تعريف القضاء نجد أنّ وجه التميّز هو أنّ الفتوى لا تتضمّن الإلزام عكس القضاء، وهو أهمّ فرق، إضافة إلى أنّ الفتيا إخبار محض، أمّا الحكم القضائيّ فهو إنشاء[3].

وكذلك فإنّ الفتوى في المسألة لا تمنع الفتوى فيها خلافا للحكم يمنع الحكم ما لم يخالف نصّا أو إجماعا[4]، كما أنّ الحكم القضائيّ تؤثّر فيه القرابة والعداوة ممّا يستلزم تنحّي القاضي عن نظر الدّعوى خلافا للفتوى فلا تؤثّر[5]، والأحكام القضائيّة تقتصر على المعاملات والحدود والجنايات، ولا تتعلّق بالعبادات والآداب خلافا للفتوى فإنّها لا تدخل الحدود والجنايات وتكون في المعاملات والعبادات والآداب[6].

---

(1) انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**...ج4 ص372.

(2) انظر: البهوتي، **كشّاف القناع**...ج6 ص299.

(3) سبقت الإشارة إلى أن القرافي عرّف الحكم القضائيّ بأنّه "إنشاء إطلاق وإلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا" (**الإحكام**...ص2) وحتى يبسط الفرق بين المفتي والقاضي فقد ضرب مثل المفتي والقاضي مع الله تعالى، ولله المثل الأعلى، فقال: "أنّ المفتي مع الله تعالى كالمترجم مع القاضي ينقل ما وجده عن القاضي واستفاده منه بإشارة أو عبارة أو تقرير أو ترك، والحاكم مع الله تعالى كنائب الحاكم ينشئ الأحكام والإلزام بين الخصوم، وليس بناقل لك عن مستنيبه، بل مستنيبه قال: أي شيء حكمتَ به على القواعد فقد جعلته حكمي، فكلاهما موافق القاضي ومطيع له وساع في تنفيذ مراده، غير أنّ أحدهما ينشئ، والآخر ينقل نقلا محضا من غير اجتهاد له في الإنشاء، وكذلك المفتي والحاكم كلاهما مطيع لله تعالى قابل لحكمه، غير أن الحاكم منشئ والمفتي مخبر محض" (**الفروق**، الفرق 224، ص100–101).

(4) انظر المبحث السابق "نفاذ الحكم القضائي في المجتهدات" ص 511–519 من هذا البحث.

(5) انظر: النّووي، **المجموع**...ج1 ص41.

(6) انظر: القرافي، **الفروق**، الفرق 224، ج4 ص94.

وقد مثّل الإمام القرافي لرفع الحكم القضائيّ للخلاف الفقهيّ بأنّه إذا كان الدّليل قد دلّ عند الإمـــام مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ على أنّ تعليق الطّلاق قبل المُلك يلزم، وهذه المسألة تتضمّن صورا كثيرة، فإذا تمّ رفع إحـــدى هذه الصّور في شكل قضيّة إلى قاض شافعيّ فحكم بصحّة النّكاح واستمرار العصمة وإبطال الطّلاق المعلّـــق كان حكم القاضي رافعا للخلاف الفقهيّ بخصوص هذه المسألة، وواجب الإعمال فيها، وتبقى بقيّة الصّور لا يصحّ فيها التعليق قبل النّكاح[1].

أمّا بالنسبة لرفع الحكم القضائيّ للخلاف الفقهيّ بالنّسبة للخصوم فيظهر أثره عنـــد مخالفـــة الحكـــم القضائيّ لرأي المتقاضي إن كان مجتهدا بحيث أنّ هذا المجتهد إن كان يعتقد الحلّ فيما طلب الحكم به، إلاّ أنّ القاضي حكم بحرمته عليه نظرا لاختلاف الفقه في حلّه أو حرمته فإنّ المجتهد يكون ملزما ببذل ما حكم عليه به لخصمه، والامتناع عنه، وإذا كان المجتهد يعتقد الحرمة إلاّ أنّ القاضي حكم له به، لأنّ هذا الأخير يعتقـــد حلّه فإنّ المجتهد يجوز له أخذ ما حكم له به.

كذلك بالنّسبة للمقلّد إن كان المذهب الذّي يتّبعه أو المجتهد الذّي يفتيه يرى حلّ ما طلب الحكم بـــه إلاّ أنّ القاضي حكم بحرمته عليه نظرا لاختلاف الفقه في حلّه وحرمته، فيكون المقلّد ملزما ببذل ما حكم به لخصمه والامتناع عنه، وإذا كان المذهب الذّي يتّبعه أو المفتي الذّي يفتيه يرى الحرمة، إلاّ أنّ القاضي حكم له به لأنّ هذا الأخير يعتقد الحلّ فإنّ المقلّد يجوز له أخذ ما حُكم له به.

الفرع الثاني: آراء العلماء حول رفع الحكم القضائيّ للخلاف الفقهيّ في القضيّة المحكوم فيها.

(1) انظر: نفسه، ج4 ص 97. وقد أجرى القرافي تخريج المثال على مذهبه من عدّ الحكم القضائي نصّا خاصّا من قبل الله تعالى لأنّه جعل للحاكم رفع الخصومات، فهو مقدّم على الدّليل العامّ الذّي استند إليه الفقيه المخالف في الرّأي، لأنّ القاعدة الأصوليّة تقتضي تقديم الخاص على العام عن التعرّض (نفسه، ج4 ص96-97).

أوّلا: عرض الآراء. يرى جمهور العلماء أنّ الحكم القضائيّ يرفع الخلاف الفقهيّ مطلقا، ويرى اتّجاه عند العلماء أنّه لا يرفع في بعض الحالات، يقول المالكيّة[1]: إن حكم القاضي العالم العدل، وحكم غيره إن كان صوابا يرفع الخلاف الفقهيّ الواقع بين العلماء في خصوص المسألة المحكوم فيها، فلا يجوز لمفت علم بحكمه أن يفتي بخلافه، ومثاله: لو أنّ رجلا عقد زواجا على امرأة مطلّقة ثلاثا بنيّة تحليلها لمطلّقها، ورفعت القضيّة إلى قاضي مالكيّ فحكم بفسخ الزّواج، لم يجز لمفتٍ حنفيّ يرى صحّته أن يفتي بخلافه، وكذلك لو أنّ القضيّة رفعت إلى قاضي حنفيّ فحكم بصحّة الزّواج لم يجز لمفتٍ مالكيّ يرى فساده أن يفتي بفسخه[2].

قال القرافي:"" اعلم أنّ حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف ويرجع المُخالف عن مذهبه لمذهب الحاكم وتتغيّر فتياه بعد الحكم على القول الصّحيح من مذاهب العلماء[3] وهو الرّأي الّذي عليه غالب فقهاء الشافعيّة، قال ابن أبي الدم: "ذهب المتقدّمون من أصحابنا وجماهير الفقهاء إلى أنّه ينفذ ظاهر وباطنا ويصير المقضي به هو حكم الله تعالى باطنا وظاهرا ذلك مثل قضاء القاضي الحنفيّ الشّفعة للجار، والمقضيّ له شافعيّ فينفذ هذا ظاهرا وباطنا ويحلّ للشّفعويّ الأخذ بهذه الشّفعة"[4].

وكذلك رأى الأحناف أنّ الحكم القضائيّ يرفع الخلاف الفقهيّ ويتّبع المجتهد والعاميّ حكم القاضي فيما يقضي في الحادثة وافق مذهبهما أم خالفه، بحيث يأخذان ما حُكم لهما، ويؤدّيان ما حكم عليهما[5]، وقال أبو يوسف: "لا يترك المجتهد رأي نفسه ولا يلتفت إلى إباحة القاضي في أخذ ما يعتقده حراما"[6].

واختلف القول عند الحنابلة[7] والشافعيّة[8] على ثلاثة آراء:

الرّأي الأوّل: أنّ حكم القاضي يرفع الخلاف الفقهيّ في المسألة المقضيّ فيها وينفذ ظاهرا وباطنا.

الرّأي الثّاني: أنّه لا يرفع الخلاف فيما يعتقده المحكوم له محرّما.

---

(1) تُعتبر هذه الصّورة من أظهر صور مبدأ مراعاة الخلاف في المذهب المالكيّ، فإنّ السّاعي في الزّكاة لو أخذ شاة من أربعين شاة لأربعين مالكا مقلّدا المذهب الشافعي، فإنّه توزّع على الأربعين مالكا، بينما أفتى المالكيّة قبل أخذ السّاعي لها أنّه إن أخذها غير متأوّل ولا حاكم فهي مظلمة، ولا توزّع وتختصّ بالذّي أخذت منه (انظر: القرافي، **الإحكام**...ص114-115).

(2) انظر: الصاوي، **بلغة السّالك**...ج2 ص342.

(3) انظر: **الفروق**، ج2 ص192، وعلّق عليه ابن الشاط بقوله: "أنّه لا تسوغ الفتوى فيها بعينها لأنّه قد نفذ فيها الحكم".

(4) **أدب القضاء**، ص116.

(5) نظام وجماعة، **الفتاوى الهنديّة**، ج3 ص354. وقد جاء فيها: "إذا كان الحكم القضائيّ بخلاف ما يعتقده المحكوم له أو المحكوم عليه، وجب عليه أن يتّبع حكم القاضي، ويترك رأي نفسه سواء كان عاميّا أو مجتهدا، وسواء أكان الحكم بالحرمة وهو يعتقد الحلّ أو العكس"

(6) نفسه.

(7) انظر: المرداوي، **الإنصاف**...ج11 ص312.

(8) انظر: ابن أبي الدّم، نفسه.

الرأي الثّالث: أنّه لا يرفع الخلاف فيما يعتقده المحكوم له محرّما بالنّسبة للمجتهد، ويرفع مطلقا بالنّسبة لغيره.

فخلص لنا كما تقدّم أنّ جمهور الفقهاء مالكيّة وأغلب الحنفيّة والشافعيّة ورأي عند الحنابلة أن حكم القاضي يرفع الخلاف الفقهيّ مطلقا للمجتهد وغيره على السّواء، بينما ذهب بعض الحنابلة والشّافعيّة ومعهم أبو يوسف من الحنفيّة إلى أنّه لا يرفعه فيما يعتقده المحكوم له محرّما بالنّسبة للمجتهد، وذهب اتجاه ثالث يمثّله بعض الحنابلة والشّافعيّة إلى أنّه لا يرفعه فيما يعتقده المحكوم له محرّما للمجتهد وغيره.

ثانيا: عرض أدلّة العلماء. استدلّ جمهور الفقهاء بجملة من الأدلّة أهمّها:

1-قول عمر رضي الله عنه في المسألة المشتركة: **"تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا"**[1] إذ أنّه اشترك في الميراث بين ولد الأب والأمّ مع ولد الأم ولم يكن قد أشركه[2]، ولم يتعرّض لحكمه الأوّل بتبديل أو تصحيح، ومعنى هذا أنّ ما منع من الإخوة الأشقّاء في الحكومة الأولى من الميراث ملزمون بالحكم الأوّل وليس لهم أن يتمسّكوا بالاجتهاد الثّاني، ولهم أن يأخذوا في الحكومة الثّانيّة من الميراث دون حرج من الاجتهاد الأوّل، كما أنّ ما مُنحه الإخوة لأم في الحكومة الأولى لهم أن يأخذوه دون حرج من الاجتهاد الثّاني، وما نقص من الميراث في الحكومة الثّانية ليس لهم أن يعترضوا عليه متمسّكين بالاجتهاد الأوّل، فدلّ ذلك على أنّ الحكم القضائيّ الصّادر عن عمر رضي الله عنه يؤكّد رفعه للخلاف الفقهيّ وسائر الاجتهادات الممكنة.

2- أنّ قضاء القاضي هو بأمر من الشّرع، وما يكون مضافا إلى الشّرع فهو بمنزلة النصّ فلا يترك ذلك بالرأي كما لا يترك النصّ بالاجتهاد[3]، قال القرافي:"ومن فهم الفرق بين المفتي والحاكم وأنّ حكم الحاكم نصّ من الله تعالى خاصّ في تلك الصّورة المعيّنة لم يسعه إلاّ ما قال مالك والجمهور"[4].

واحتجّ المخالفون بأنّ الإلزام يكون في جانب المقضيّ عليه، بينما لا إلزام في حقّ المقضي له، ولهذا لا يقضي القاضي دون طلبه، وعليه لم يحلّ له الأخذ بناء على الحكم القضائيّ في أمر مختلف فيه خلافا لاعتقاده[5].

خلاصة مقارنة

(1) سبق تخريجه ص 55 من هذا البحث.

(2) انظر: الصّاوي، **بلغة السّالك**...ج2 ص342-343.

(3) انظر: نظام وجماعة، **الفتاوى الهنديّة**...ج3ص354؛ القرافي، **الإحكام**...ص65.

(4) **الفروق**، ج2 ص196-197.

(5) انظر: نظام وجماعة، نفسه، ج3 ص355.

ختاما للمبحث الموسوم بـــ "آثار حجيّة الحكم القضائيّ على الاجتهاد الفقهيّ فإنّه يمكن الوقوف على جملة من نقاط الاتّفاق وأخرى للاختلاف، ويمكن بيان ذلك على النحو التّالي:

1- يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة على أنّه متى أصدر القاضي حكمه في المسألة المعروضة عليه فقد امتنع عليه إحداث تغيير أو تبديل ناهيك عن معاودة نظرها مجددا، وتنطلق الشّريعة الإسلاميّة في هذا المنع من المبدأ الذّي أرسته والمعبّر عنه بـــ"تحريم نقض الأحكام القضائيّة المؤسّسة على الاجتهاد فيما هو محلّ اجتهاد" والذّي يتفرّع عنه تحريم نقض القاضي قضاء نفسه في المجتهدات إذا تغيّر اجتهاده، وهو اتّجاه الغالب السّاحق للفقه الإسلاميّ، بينما ينطلق القانون الوضعي في هذا المنع من مبدأ استنفاذ المحكمة لولايتها والذّي يُقصد به خروج النّزاع من سلطة المحكمة الّتي أصدرت بشأنه حكما سواء أكان موضوعيّا أم إجرائيّا.

2- يختلف القانون الوضعيّ عن الشّريعة الإسلاميّة حول مدى لزوم الامتناع عن العدول عن الحكم القضائيّ الذّي تمّ إصداره، فبينما يتّجه القانون الوضعيّ إلى إعمال قاعدة استنفاذ المحكمة لولايتها بشكل مطلق بغضّ النظر عمّا يمكن أن يكون شاب الحكم من مخالفة لقواعد موضوعيّة أو إجرائيّة فإنّ الشّريعة الإسلاميّة تجعل العدول عن الأحكام المخالفة لنصوص القرآن والسنّة والإجماع واجبا على القاضي مصدر الحكم وتجعل ذلك حالة استثنائيّة من مبدأ عدم العدول.

3- يختلف القانون الوضعيّ عن الشّريعة الإسلاميّة في أنّه يمنح للقاضي المطعون أمامه أن يُلغي الحكم الصّادر لمجرّد أن تفسيره للقانون أو تقديره للوقائع والأدلّة يختلف عن تفسير وتقدير القاضي مصدر الحكم ما دام ذلك يكون ضمن طرق الطّعن المقرّرة قانونا، بينما لا تمنح الشّريعة الإسلاميّة له أن يلغيه لمجرّد اختلاف التّفسير والتّقدير لاعتمادها مبدأ تحريم نقض القاضي قضاء غيره فيما هو محلّ للاجتهاد.

المبحث الثّالث: آثار حجّية الحكم القضائيّ على الخصوم في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

تمارس حجيّة الحكم القضائيّ دورها على الخصوم في منعهم من تجديد النّزاع في المسألة المحكوم فيها، وهو ما سبق الإشارة إليه من كونه يمثّل الدّور السّلبيّ لها، ولا تقتصر عند هذا الحدّ في الشّريعة الإسلاميّة، بل تمتدّ إلى ما يعتقده الخصوم من حلّ وحرمة، ولئن اشترك القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة في ترتيب امتناع تجديد النّزاع في المسألة المحكوم فيها من الخصوم، فقد انفردت بأنّ حجيّة الأحكام القضائيّة فيها تمتدّ لتلقي بظلالها على ما يعتقده الخصوم من حلّ وحرمة على اعتبار أنّها لا تكتفي بالظّاهر والسّلوك بل تعنى ابتداءً بالباطن والضّمير، ولهذا فقد تناولت هذا المبحث في مطلبين على النّحو التّالي:

المطلب الأوّل: امتناع تجديد النّزاع في المسألة المحكوم فيها في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

المطلب الثّاني: نفاذ الحكم القضائيّ ظاهرا وباطنا فيما للقاضي ولاية الإنشاء فيه في الشّريعة الإسلاميّة.

المطلب الأوّل: امتناع تجديد النّزاع في المسألة المحكوم فيها في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ.

تُعرف الحجيّة بأنّها الصّفة غير القابلة للمنازعة والثّابتة لمضمون الحكم والتي تقتضي بأنّه لا يكون قابلا للمنازعة فيما قضى به[1]، ويشير التّعريف بهذا الشّكل أساسا إلى الدّور السّلبي الذّي تؤدّيه الحجيّة وهو منع رفع نفس الدّعوى بعد سابقة الفصل فيها، وسأحاول أن أعرض بشكل مختصر لهذا الدّور على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: امتناع تجديد النّزاع في المسألة المحكوم فيها في الشّريعة الإسلاميّة.

الفرع الثاني: امتناع تجديد التزاع في المسألة المحكوم فيها في القانون الوضعيّ.

الفرع الأوّل: امتناع تجديد النّزاع في المسألة المحكوم فيها في الشّريعة الإسلاميّة.

يظهر أثر حجيّة الحكم القضائي على الخصوم بممارسة دوره السّلبيّ المتمثّل في منعهم من تجديد النّزاع في المسألة المحكوم فيها، ويبدو ذلك من خلال حقّ المدّعى عليه في دفع دعوى المدّعي بسبق الفصل وواجب المحكمة في رفض الدّعوى لذات السّبب وإثارة ذلك من تلقاء نفسها بغضّ النّظر عن دفع المدّعى عليه أم لا.

وهكذا فإنّ منع المدّعي من تجديد النّزاع يجسّد صورة لأثر الحجيّة على الخصوم سواءً أكان ذلك نتيجة تمسّك المدّعى عليه بالدّفع أم نتيجة رفض القاضي سماع الدّعوى لسبق الفصل فيها.

ورغم أنّ النّصوص الشرعيّة وعبارات الفقهاء قد خاطبت القضاة ابتداءً بحيث منعتهم من إعادة نظر النّزاع، فإنّ أثر ذلك ينصرف مباشرة إلى الخصوم بحيث يمنعهم من عرض النّزاع المحكوم فيه على القاضي، ويرتّب على ذلك رفض القاضي سماع الدّعوى حال رفعها.

وتتميّز الشّريعة الإسلاميّة ببعدها الدينيّ حيث يكون واجب الخصوم شرعا هو الامتناع عن إعادة عرض النّزاع على القضاء، وهذا لأنّ النّهي الوارد في حديث النّبيّ ﷺ: **"لا يقضينّ أحد في قضاء بقضائين"**[2] وإن كان موجّها أساسا للقضاة، وهو يتضمّن تحريم إيجاد قضاء ثان في المسألة، إلاّ أنّه لّما كانت إعادة تجديد التزاع في المسألة المحكوم فيها من طرف الخصوم توسّل وسعي للحصول على أمر محرّم فهو محرّم لأنّه وسيلته، فكان الخصوم معنيين بالنّهي بشكل غير مباشر، وكذلك فإنّ دفع المدّعى عليه بسبق الفصل إنّما هو في نظر الشّريعة سعي منه لمنع ارتكاب المحرّم، فيكون واجبا عليه ذلك من النّاحية الدينيّة وحقّا له من النّاحية القضائيّة.

وهكذا يبدو الامتناع عن تجديد النّزاع في المسألة المحكوم فيها من طرف الخصوم واجبا شرعيّا يتعلّق بالمدّعي بالامتناع عنه وبالمدّعى عليه بالدّفع بسبق الفصل فيه، فإن باشر مع ذلك المدّعي تجديد النّزاع في المسألة المحكوم فيها كان من حقّ المدّعى عليه والقاضي على السواء مواجهته ومنعه عن ذلك، وهذا بأن يدفع

---

(1) انظر تعريف حجيّة الحكم القضائيّ ص 43 من هذا البحث.

(2) سبق تخريجه ص 55 من هذا البحث.

المدّعى عليه دعواه بسبق الفصل فيها، وأن يرفض القاضي سماعها استجابة لدفع المّدعى عليه أو بإثارته من تلقاء نفسه.

الفرع الثّاني: امتناع تجديد النّزاع في المسألة المحكوم فيها في القانون الوضعيّ.

تظهر حجيّة الحكم القضائي ذات أثر مانع من تجديد الخصوم للنّزاع في المسألة المحكوم فيها، ويرتبط هذا الامتناع في القانون الوضعيّ بشكل أساسيّ في إعطاء المدّعى عليه حقّ الدّفع بسبق الفصل، وحقّ المحكمة في إثارة هذه الحجيّة من تلقاء نفسها في المادة الجزائيّة مطلقا وفي المادة المدنيّة بالنّسبة للتّشريعات التي تعتبر ذلك من النّظام العام بحيث تجيز للمحكمة إثارتها من تلقاء نفسها.

وهكذا فإنّ هذا الأثر لا يمنع من تجديد التزاع في المسألة المحكوم فيها ابتداء لأنّ القانون الوضعيّ لا يخاطب ضمائر الخصوم وإنّما يترتّب على تجديده حقّا للمدّعى عليه في الدّفع وحقّا للمحكمة في رفض الدّعوى لسابقة الفصل فيها.

ومعنى هذا فإنّ امتناع تجديد النّزاع في المسألة المحكوم فيها يظهر جليّا في المادّة الجزائيّة التي يعتبر الحكم فيها متعلّقا بالنّظام العامّ لأنّه حجّة على الكافّة، وبالتّالي فإنّه متى صدر حكم جنائيّ وأضحى نهائيّا فإنّ الدعوى العموميّة تنقضي بذلك ممّا يترتّب عنه عدم إمكانيّة متابعة المتّهم لنفس الوقائع الّتي صدر بشأنها الحكم، وهو ما نصّت عليه صراحة المادّة 06 من قانون الإجراءات الجزائيّة الجزائري، فإذا اعتبرنا أنّ النّيابة العامة الّتي تملك حقّ مباشرة الدّعوى العموميّة خصما أصيلا فيها، فإنّ صدور الحكم الجنائي وحيازته لقوّة الأمر المقضي يكون مانعا لها من إعادة تحريك الدّعوى ومباشرتها.

ويمتدّ هذا الأثر إلى الحكم الصّادر مخالفا للحجيّة بحيث يعود على ما قضت به المحكمة مخالفا لحكم قضائيّ سابق حائز لقوّة الأمر المقضيّ بالإلغاء، فقد قضت المحكمة العليا بأنّه "تنقض الدّعوى العموميّة الرّامية إلى تطبيق العقوبة بصدور حكم حائز لقوّة الشّيء المقضيّ به، فإذا صدر عن جريمة واحدة حكمان تناولا نفس الأفعال ونفس المتّهمين تعيّن إلغاء الحكم الثاني منهما"[1].

ومتى تمسّك المتّهم بحجيّة الحكم القضائيّ لمنع تجديد متابعته كان على المحكمة إجابته لذلك متى ثبت لديها أنّ الوقائع المتابع بها هي نفسها التي صدر بشأنها حكم ولو اختلف تكييفها نظرا لما نصّت عليه المادّة 2/311 من أنّه "لا يجوز أن يعاد أخذ شخص قد برئ قانونا أو اتّهامه بسبب الوقائع نفسها حتى ولو صيغت بتكييف مختلف".

(1) جنائيّ 20-05-1969، **نشرة القضاة،** 1970، عدد2، ص68.

ويظهر أثر الحجيّة في منع تجديد النّزاع في المسألة المحكوم فيها في المادّة المدنيّة أقلّ وضوحا في ظلّ التّشريعات التي لا تعتبر ذلك من النّظام العام، إذ هو لا يبسط أثره على الخصوم إلاّ حال تمسّك المدّعى عليه بالدّفع بسبق الفصل، ومعنى هذا أنّ إعمال الحجيّة في منع تجديد النّزاع يبقى حبيس إرادة الخصوم في إثارة الحجيّة أم لا، وقد يتّفق الخصوم على عدم إثارة الحجيّة قصد استصدار حكم قضائي جديد في النّزاع وهنا لا تملك المحكمة أن تلزمهم بالامتناع عن تجديد النّزاع ما دامت لا تملك إثارة الحجيّة من تلقاء نفسها.

وعلى الخلاف من ذلك فإنّ التّشريعات التي تعتبر الحجيّة من النّظام العامّ تمنح للمحكمة حقّ إثارتها من تلقاء نفسها حتّى ولو لم يتمسك الخصوم بها.

ويبقى أن أثير إلى أنّه بغضّ النّظر عن عدّ الحجيّة من النّظام العامّ أم لا فإنّ دور الخصوم يظهر قويّا في منع تجديد النّزاع في المسألة المحكوم فيها، إذ أنّ المحكمة يفترض عدم اطّلاعها عن سبق الفصل فيها إلاّ عبر دفع المدّعى عليه به ومناقشة الخصوم لذلك وتقديم صورة الحكم للقاضي للتّثبت من كونها نفس المسألة المقضيّ فيها.

المطلب الثّاني: نفاذ الحكم القضائيّ ظاهرا وباطنا فيما للقاضي ولاية الإنشاء فيه في الشّريعة الإسلاميّة.

الفرع الأوّل: مفهوم نفاذ الحكم القضائيّ ظاهرا وباطنا فيما للقاضي ولاية الإنشاء فيه في الشّريعة الإسلاميّة.

الفرع الثاني: آراء العلماء حول نفاذ الحكم القضائيّ ظاهرا وباطنا فيما للقاضي ولاية الإنشاء فيه.

الفرع الأوّل: مفهوم نفاذ الحكم القضائيّ ظاهرا وباطنا فيما للقاضي ولاية الإنشاء فيه في الشّريعة الإسلاميّة.

أوّلا: الحكم القضائيّ بين الكشف والإنشاء في الشّريعة الإسلاميّة.

تتنوّع الأحكام القضائيّة إلى أحكام كاشفة وأخرى منشئة، فأمّا الأحكام الكاشفة فهي الّتي تقرّر واقعا موجودا أصلا وتثبت حقوقا مترتّبة قبل صدور الحكم، وأمّا الأحكام المنشئة فهي الّتي توجد واقعا جديدا وتلزم بحقوق لم تكن مترتّبة للمحكوم له قبلُ.

ومثال الأحكام الكاشفة حكم القاضي بثبوت نسب الإبن مجهول النّسب لمدّعيه بناء على البيّنة، والحكم باستحقاق الميراث لمن استجمع شروطه، إذ أنّ حكم القاضي بمثل هذه الأوضاع والحقوق إنّما يكشف عن وجودها قبل الحكم، وتتعلّق بالأملاك المرسلة والمواريث وما شابهها.

ومثال الأحكام المنشئة حكم القاضي بتطليق الزّوجة بناءً على طلبها التّطليق للضرر، والحكم بالتّعويض للمتضرّر من عمل الغير، إذ أنّ حكم القاضي بمثل هذه الأوضاع والحقوق يوجدها خلاف ما كانت عليه قبل الحكم، ويتجاوز ذلك إلى كلّ ما كان للقاضي فيه ولاية الإنشاء كالعقود والفسوخ والزّواج والطّلاق وما شابهها.

وهكذا يكون جهد القاضي بالنّسبة للحكم الكاشف هو في مطابقة حكمه للواقع، ويوصف حكمه بالصّدق أو الكذب في التّعبير عن واقع الشّيء لأنّه مخبر عنه، بينما يكون جهد القاضي بالنّسبة للحكم المنشئ هو في صحّة تقديره لاستحقاق الحكم أو عدمه، ويوصف حكمه بالصّواب والخطأ في التّقدير.

ففي حالة حكم القاضي بثبوت نسب مدّعيه أو استحقاقه للميراث فإنّ جهد القاضي ينصبّ على معرفة واقع الأمر وحقيقته كما هو، وهذا باستعراض الأدلّة المعروضة لمعرفة إن كان مدّعي النّسب ابنا حقيقة أم لا، ومدّعي الإرث وارثا حقيقة أم لا، وما تبيّن للقاضي كونه واقعا وحقيقة حكم به، أمّا في حالة حكم القاضي بالتّطليق للزّوجة للضّرر فإنّ جهد القاضي ينصبّ على تقدير استحقاقها للحكم بما تطلبه أم لا بناء على تحقّق الضّرر في الواقع أم لا، فحكم القاضي لا يقتصر على مجرّد تقرير وقوع الضّرر الّذي تدّعيه، بل استحقاق الزّوجة الطّلاق بناء عليه، ولهذا فربّما يتحقّق القاضي من وجود الضّرر ولا يحكم بالطّلاق لتقديره عدم استحقاق الطلاق لأجله.

وهناك نوع ثالث وهو المعبّر عنه بأنّه حكم قضائيّ يحتمل الإنشاء، أو للقاضي فيه ولاية الإنشاء، وهذه الأحكام تنتسب ابتداءً إلى الأحكام الكاشفة، إلاّ أنّه لّما كان للقاضي إضافة إلى وظيفة فضّ النّزاع بين النّاس سلطة تمنحه حقّ إنشاء العقود وفسخها على اعتبار أنّه حاكم له أن يتصرّف بمقتضى المصلحة في حدود معيّنة وبشروط مخصوصة، فإنّه يُنظر إلى هذه الأحكام من زاويتين مختلفتين، فمن الزّاوية الأولى فإنّ جهد القاضي ينصبّ ابتداءً على مطابقة حكمه للواقع، ومن الزّاوية الثّانية فإنّ حكم القاضي يمكن أن يُحمل على أساس كونه ممارسة لولايته.

ومثال ذلك حكم القاضي بصحّة عقد زواج يدّعيه الرجل وتنكره المرأة، فيقيم المدّعي شهودا على وقوع العقد، ولهذا لو امتنع الشّهود عن الشّهادة، أو ثبت عدم عدالتهم، أو دلّ الدّليل على كذبهم لم يحكم القاضي بالزوجيّة، ومن جهة ثانية فإنّه إذا حكم القاضي بالزوجيّة بناء على شهادة الشهود فإنّه يمكن أن يُحمل على أنّه تولّى عقد زواج المدّعي والمدّعى عليها بشهادة هؤلاء الشّهود على اعتبار الولاية الممنوحة له بالقضاء ما دامت هذه المرأة غير محرّمة على المدّعي بأحد الموانع، وهكذا فيكون المقصود بالحكم القضائيّ الذي يحتمل الإنشاء أو للقاضي فيه ولاية الإنشاء هو الحكم القضائيّ الّذي يصدره القاضي في موضوع يملك فيه ولاية الإنشاء إلاّ أنّه قصد منه ابتداءً كشف حقيقة واقعة معروضة للحكم للفصل فيها.

وتتلخّص لدينا أنواع الأحكام القضائيّة باعتبار الكشف والإنشاء إلى ثلاثة وهي:

- **أحكام الكشف المحضة**: وهي جملة الأحكام القضائيّة التي لا يملك فيها القاضي إلاّ الكشف، ولا علاقة لسلطته الولائيّة بها، وتتضمّن كل ما يقتصر فيه دور القاضي على الإخبار عن مؤدّى قناعته من وجود الشّيء وعدمه، كالحكم في الأملاك المرسلة والمواريث.
- **أحكام الإنشاء البحتة**: وهي جملة الأحكام القضائيّة الّتي يكون عمل القاضي فيها الإنشاء الصّرف، وتتضمّن بيان قناعة القاضي حول قيام الحقّ وعدمه، كالحكم بالتّطليق للزّوجة بسبب الضّرر.
- **أحكام الكشف المحتملة للإنشاء**: وهي جملة الأحكام القضائيّة الّتي يقصد القاضي من خلالها الكشف إلاّ أنّها يمكن أن تُحمل على الإنشاء، كون القاضي يملك إنشاءها ابتداء بشروط وأوضاع معيّنة، كالحكم بالزوجيّة يُحمل على إبرام عقدها إذا صادف محلاّ مشروعا.

ثانيا: المقصود بالظّاهر والباطن في الحكم القضائيّ.

المقصود بالظّاهر هو ما يقرّه الحكم القضائيّ من وضع يجري على ما تقتضيه أصول التّقاضي ووسائل الإثبات، كاقتضاء شهادة العدلين المستجمعين شروط الشّهادة لإثبات عقد من العقود، فإنّ هذه الشّهادة تقتضي اعتبار العقد موجودا وثابتا في علم القاضي ويحكم به، بينما الباطن هو وضع الأشياء في الحقيقة والواقع، وهو ما يعلمه أطراف الدّعوى أو بعضهم وكلّ من اطّلع على واقع الأمر المقضيّ فيه، وسمّي باطنا لأنّه قد يخفى على كثير من النّاس وهو الوجه الآخر الّذي يطلب من الظّاهر أن يطابقه ويسايره.

والحاصل أنّ ما يحكم به القاضي ظاهرا في قضيّة ما قد يكون موافقا للباطن، كحكمه بثبوت نسب مدّعيه ويكون ذلك موافقا لحقيقة الأمر، وعِلْم أطراف الدّعوى ومن اطّلع على حقيقة نسب المدّعي، وقد يكون مخالفا للباطن كأن يكون مدّعي النسب كاذبا أشهد شهود زور وهو يعلم أنّ النّسب المحكوم به غير حقيقيّ.

وهذا لأنّ القاضي مأمور شرعا بالتزام وسائل معيّنة لإثبات الحقوق، وهي كلّها تعتمد الظّواهر كالشّهادة واليمين والنّكول والإقرار وغيرها، وإنّما جعلت أمارات على الباطن لأنّ القاضي لا يستطيع بلوغ حقيقة الأشياء على ما هي عليه، وغير مطلوب منه التّنقيب في بواطن النّاس وكشف مكنونات صدورهم لما روي أنّ النّبيّ ﷺ قال: "إنّي لم أومر أن أنقب على قلوب النّاس ولا أشقّ بطونهم"[1]، ولقوله ﷺ: "إنّكم تختصمون إليّ، ولعلّ بعضكم أن يكون ألحن بحجّته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قطعت له من حقّ أخيه شيئا فلا يأخذه فإنّما أقطع له به قطعة من النّار"[2]، فقد أشار الحديث إلى أنّ للقضاء ظاهرا يأخذ به متمثّلا في الحجّة الّتي يبديها الخصوم، وباطنا متمثّلا في حقيقة الأمر كما هو في الواقع، وأنّ العبرة فيما يعتمده القاضي في الحكم هي بالظّاهر "على نحو ما أسمع منه".

قال الزّرقاني تعليقا على الحديث: "اللّحن بفتح الحاء الفطنة، أي أبلغ وأفصح وأعلم في تقرير مقصوده وأعلم ببيان دليله وأقدر على البرهنة على دفع دعوى خصمه، بحيث يُظنّ أنّ الحقّ معه وهو كاذب، وهذا ما عليه أكثر الشرّاح"[3].

وقد أشار عمر رضي الله عنه إلى مبدأ الأخذ بالظاهر في الحكم والقضاء فقال: "إنّ أناسا كانوا يُؤخذون بالوحي في عهد رسول الله ﷺ، وإنّ الوحي قد انقطع. وإنّما نأخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم"[4].

وهكذا يتحصّل لنا ممّا تقدّم أنّ المقصود من نفاذ الحكم القضائيّ ظاهرا وباطنا فيما للقاضي فيه ولاية الإنشاء هو أنّ ما حكم به القاضي اعتمادا على الظّاهر المعروض أمامه وفق ما تقتضيه أصول التّقاضي يعتبر حجّة في تمكين المحكوم له ممّا حكم به وحجّة على المحكوم عليه في بذل ما حكم عليه ولو كان خلاف الحقيقة والواقع، ما دام هذا الحكم يحتمل أن يّفسّر باعتباره إنشاء فيما للقاضي فيه ولاية الإنشاء كالعقود.

الفرع الثّاني: آراء العلماء حول نفاذ الحكم القضائيّ ظاهرا وباطنا فيما للقاضي ولاية الإنشاء فيه.

---

(1) أخرجه البخاري عن أبي سعيد الخدريّ (انظر: ابن حجر، **فتح الباري**...ح4351، ج8 ص67).

(2) متّفق عليه، واللفظ لمسلم، كلاهما عن أمّ سلمة –رضي الله عنها– (انظر: ابن حجر، نفسه، كتاب الأحكام، ح7181، ج13 ص172؛ مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب الأقضية، ح1713، ج3 ص1337)

(3) الزرقاني محمّد المالكيّ(ت1122هـ)، **شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك**، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1401هـ-1981م، ج3 ص384.

(4) رواه البخاري عن عبد الله بن عتبة (انظر: ابن حجر، **فتح الباري**...كتاب الشهادات، ح2641، ج5 ص251).

أوّلا: عرض الآراء. إنّ العلماء متّفقون على أنّ قضاء القاضي ظاهرا في أحكام الكشف البحتة المتمثّلة في الملك المرسل كالمواريث بخلاف الباطن لا ينفذ في الباطن ولا يحلّ الحرام، فلا يجيز للمحكوم له الأخذ ولا يلزم المحكوم عليه بالبذل[1]. ولهذا فمن أقام شهود زور على كونه وارثا فحُكم له بذلك وهو يعلم أنّه غير وارث فإنّه لا يجوز له أن يأخذ من الميراث شيئا، لأنّ حكم القاضي فيه قضاء كشف بحت، وهو ما ينطبق عليه الحديث السّابق في قوله ﷺ "...**فمن قطعت له من حقّ أخيه شيئا فلا يأخذه فإنّما أقطع له به قطعة من النار**"[2]، أي أنّه استحقّ لأجل ذلك العقاب لأنّه خاصم في الباطل، وقد ورد النّهي صريحا بعدم الأخذ، فلا يرتفع الإثم بالحكم.

وكذلك إذا تعلّق بعقد أو بفسخ عقد ممّا لا يحتمل الإنشاء، ومثاله أن يدّعي رجل الزّواج من امرأة وهي تنكر لأنّه لا يحلّ لها ككونها أختا له أو في عدّة من آخر، فإنّه حتّى ولو قضى القاضي بالزّوجيّة بناءً على شهادة الزّور، فلا يجوز للمرأة أن تمكنّه من وطئها وهي تعلم أنّها محرّمة عليه، وكذلك لا يحلّ للرّجل وطؤها وهو يعلم ذلك.

أمّا بالنسبة لقضاء القاضي في أحكام الكشف المحتملة للإنشاء المتعلّقة بالعقود أو فسخ العقود فرأي الجمهور أنّه لا يحلّ الحرام في الباطن[3]، ورأى أبو حنيفة وأبو يوسف في إحدى الرّوايتين أنّه يحلّ[4].

ومثّلوا لذلك بحالة ما لو ادّعى رجل على امرأة أنّه تزوّجها فأنكرت، فأقام على ذلك شهود زور، فقضى القاضي بالزّوجيّة بينهما، وهما يعلمان أنّهما لم يتزوّجا قبل، ولم تكن محرّمة عليه، فإنّها لا تحل له عند الجمهور وتحلّ عند أبي حنيفة، فإنّ الأحناف حملوا قضاء القاضي على أنّه إبرام عقد زواج بينهما، ولهذا ورد عندهم أنّه إنّما يثبت نكاح مبتدأ بقضاء القاضي إذا كان القضاء بمحضر الشّهود لأنّه إنشاء والإنشاء يتطلب أركان العقد وشروطه[5].

---

(1) انظر: ابن فرحون، **التّبصرة**، ج1ص60؛ القرافي، **الذّخيرة**، ج10 ص147؛ الدّسوقيّ، **حاشية الدّسوقيّ**، ج4 ص156؛ الشّيرازي، **المهذّب**...ج2 ص342؛ الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4 ص397؛ المرداوي، **الإنصاف**...ج11ص312؛ ابن قدامة، **المغني**... ج7ص408.

(2) سبق تخريجه ص 96 من هذا البحث.

(3) انظر: القرافي، **الذّخيرة**، ج10 ص147؛ ابن رشد، **بداية المجتهد**...ج2 ص451؛ الشّربيني، **مغني المحتاج**...ج4 ص397؛ ابن قدامة، **المغني**... ج7ص408.

(4) انظر: الكاساني، **بدائع الصّنائع**...ج7 ص15-16؛ المرغيناني، **الهداية**...ج3ص119؛ نظّام وجماعة، **الفتاوى الهنديّة**، ج3ص350؛ الزّيلعي، **تبيين الحقائق**...ج4 ص397.

(5) انظر: نظام وجماعة، نفسه، ج3 ص351.

ومثله في حالة البيع فإنّ الحكم القضائيّ ينفذ ظاهرا وباطنا إذا ما كان الثّمن المذكور مثل ثمن قيمة المبيع أو أقلّ مقدار ما يتغابن النّاس فيه، وذلك لأنّ تصحيح القضاء باطنا عند أبي حنيفة في العقود و الفسوخ أنّ القاضي بقضائه يصير منشئا لذلك التصرّف، وإنّما يكون القاضي منشأ فيما له ولاية الإنشاء للبيع بأقلّ من القيمة قدر ما لا يتغابن النّاس فيه، لأنّه تبرّع بمقدار الغبن فليس للقاضي ولاية إنشاء التبرّع، وقال بعضهم: بل إنّ القضاء ينفذ على كلّ حال لأنّ البيع ولو كان بغبن فهو مبادلة[1].

ثانيا: عرض الأدلّة. استدلّ الجمهور على رأيهم بأدلّة أظهرها الحديث السّابق ذكره، فقد نهى النبي ﷺ المحكوم له أن يأخذ ما حُكم له به ما دام يعلم أنّه حقّ أخيه في الحقيقة، قال ابن فرحون:"إنّ الحاكم إنّما يحكم بما ظهر، وهو الذّي يعتدّ به، ولا ينقل الباطن عند من علمه عما هو عليه من التّحليل والتّحريم"[2].

كما استدلّوا بقاعدة هي محل اتفاق بين العلماء، وهي كون الإبضاع أولى بالاحتياط من الأموال[3]، فإذا كان الحديث قد حرّم على المحكوم و أخذ ما يعلم أنّه ليس من حقّه، وكان النّزاع حول الأموال[4]، فيكون الأخذ به في الأعراض أولى، قال الإمام أحمد بن حنبل:"الأهل أكثر من المال"[5].

واستدلوا كذلك بقوله تعالى:"[illegible]"[6]. قال ابن العربيّ: "قال علماؤنا هذا دليل على أنّ حكم الحاكم لا يحلّ المال في الباطن بقضاء الظّاهر إذا علم المحكوم له بطلانه"[7].

---

(1) انظر: نفسه، ج3 ص352.

(2) **التّبصرة**، ج1 ص66.

(3) انظر: الشّيرازي، **المهذّب**...ج2 ص343.

(4) رواية أبي داود تبيّن أنّ الحديث إنّما ورد في الأموال، فقد ورد فيها عن أم سلمة –رضي الله عنها- قالت: "... أتى رسول الله رجلان يختصمان في مواريث لهما لم تكن لهما بيّنة إلاّ دعواهما" (انظر: **السّنن**، كتاب الأقضية، ج2 ص115).

(5) المرداوي، **الإنصاف**...ج11ص312.

(6) **سورة آل عمران**، الآية 77.

(7) **أحكام القرآن**، ج1 ص278.

أمّا الأحناف فقد استدلّوا بأنّ القاضي مأمور بالقضاء بالحقّ، ولا يقع قضاؤه بالحقّ فيما يحتمل الإنشاء إلاّ بالحمل على الإنشاء، لأنّ البيّنة قد تكون صادقة وقد تكون كاذبة، بخلاف المُلك المرسل فهو لا يحتمل الإنشاء، وكذلك العقود الّتي لا تحتمل الإنشاء[1]، كما فسّروا الحديث السّابق " إنّكم تختصمون إليّ..." بأنّه ورد في أخوين اختصما في الميراث و لم تكن لهما بيّنة إلا دعواهما.

وللحنفية وجه المصلحة بأنّ القضاء شُرع لقطع الخصومة، ولو قُلنا بعدم نفاذ حكم القاضي في الباطن لما كان القضاء قاطعا للمنازعة، ولأوجد ذلك تناقضا صارخا بين الأوضاع على ما تقتضيها أحكام القضاء وما يقتضيه باطن الأمور، إذ أنّ المرأة الّتي أقام عليها رجل شهود زور بالزّوجية، فحكم القاضي له بذلك.

فإذا قلنا بعدم نفاذ الحكم باطنا، فإنّه يترتّب عن ذلك أنّ هذه المرأة ليست زوجة في حقيقة الأمر لهذا الرّجل، فكان واجبا عليها بذلك أن تمتنع عنه، ولها أن تتزوّج من غيره، فإن فعلت فهي في نظر القضاء ناشزا في الأولى وزانية محصنة في الثّانية وكان للقاضي أن يوقع عليها العقاب، وهكذا .. وهذه النتائج الوخيمة، وهذا التناقض الرّهيب لا يقبله الشّرع، ولا يحلّ هذا الإشكال إلاّ القول بالنّفاذ في الباطن والظّاهر جميعا.

خلاصة مقارنة

ختاما للمبحث المتعلّق بـ"آثار حجيّة الحكم القضائيّ على الخصوم في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ" فإنّه يتبيّن أنّ هناك اتّفاقا مبدئيا على بسط الحجيّة أثرها على الخصوم مع اختلاف في مدى هذا الأثر وكيفيّة إعماله، ويمكن بيان ذلك على النّحو التّالي:

1- يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة في أنّ لحجيّة الحكم القضائي أثرا في منع تجديد النّزاع في المسألة المحكوم فيها من طرف الخصوم، حيث يكون للمحكمة رفض الدّعوى الجديدة لسابقة الفصل فيها، ويكون للمدّعى عليه دفعها بسبق الفصل وهذا متى تبيّن وحدة المسألة المعروضة في الدّعويين.

2- يختلف القانون الوضعيّ عن الشّريعة الإسلاميّة في قصر هذا الأثر على ما يرتّبه من جزاء على مخالفة الحجيّة، بحيث يجعل للمدّعى عليه حقّ دفع الدّعوى ويمنح للمحكمة حقّ الاستجابة لطلب المدّعى عليه (أو

(1) انظر: الكاساني، **بدائع الصّنائع**...ج7 ص14.

المتّهم) برفض الدّعوى لسبق الفصل فيها، أو إثارتها في المادّة الجزائيّة أو حتّى في المادة المدنيّة إذا جعل التّشريع لهذا ذلك، بينما لا تقتصر الشريعة الإسلاميّة على مجرّد ما ترتبه من أثر تجديد النّزاع، إذ أنها تحرّم على الخصوم ابتداء هذا التّجديد للخصومة، ثمّ هي تلزم القضاء في المادّة الجزائيّة والمدنيّة على السّواء الخصوم بهذه الحجيّة من خلال منعهم من تجديد النّزاع متى اطّلعت على سبق الفصل في الدّعوى، وتلك خصيصة الدّين الذّي لا يقتصر على ترتيب الجزاءات على المخالفات، بل يخاطب الضمائر ابتداءً داعيا لهم للاستجابة للأوامر والنّواهي.

3- يختلف القانون الوضعيّ عن الشّريعة الإسلاميّة في أنّه يمدّ أثر حجيّة الحكم القضائيّ على الخصوم في كل ما قضى به ولو كان مخالفا للحقيقة والواقع حملا للأحكام على إصابة الحقيقة، ولهذا فإنّه لو قَصُر هذا الحكم عن بلوغ الحقيقة الواقعيّة استغنى بالحقيقة المُفترضة وكان للمحكوم له أن يأخذ بمقتضى الحكم ما حُكم له به ولو كان غير مستحقّ له في الحقيقة والواقع، وهذا لأنّ القانون الوضعيّ لا يبني قواعده وأحكامه على قواعد الحلّ والحرمة الدينيّة، ولا يهتمّ بمخاطبة الضّمائر وليس له جزاء أخرويّ يرتّبه للأشخاص.

وخلافا لذلك فإنّ الشّريعة الإسلاميّة يَقتصر أثر الحجيّة فيها على ما يكون موافقا لقواعدها ومطابقا للحقيقة الواقعيّة، ولهذا فهي تميّز بين الحقيقة القضائيّة والحقيقة الشّرعيّة أو الدينيّة، وإذا كانت الحقيقة القضائيّة مفترضة محمولة على الظواهر، فإنّ الحقيقة الشّرعيّة واقعيّة تتعلّق بالسّرائر ولهذا لم يكن للحكم القضائيّ في الملك المُرسل كالمواريث بخلاف الباطن حجيّة دينيّة على الخصوم ولو قامت له حجيّة قضائيّة إذ أنّ المحكوم له لا يجوز له شرعا أخذ ما حُكم له به، ولا أن يتمسّك به لدفع دعوى جديدة يرفعها خصمه إذا كان يعلم أنّه لا يستحقّ ذلك في الواقع كما تقتضيه قواعد الشّريعة.

ويجعل الجمهور انتفاء الحجيّة الدينيّة عن الحكم القضائيّ شاملة لحالة الأحكام المحتملة للإنشاء تطبيقا لنفس القاعدة لأنّ الحقيقة الواقعيّة مخالفة للحقيقة الّتي قضى بها الحكم، وإنّما جعل الحنفيّة هذه الأحكام مُحِلّة للباطن لأنّ للقاضي فيها ولاية إنشاء ومنعا من التّناقض بين الأوضاع على ما تقتضيه الأحكام القضائيّة وما يقتضيه باطن الأمور.

فخلص ممّا تقدّم أن أثر حجيّة الحكم القضائيّ على الخصوم في الشّريعة الإسلاميّة لا يتجاهل الحقائق الواقعة التي يكون الخصوم أدرى وأعلم بها وفق ما تقتضيه قواعد الشّريعة، وهي لا ترضى أن تبيح للخصوم بمجرّد الحكم القضائيّ ما يعملون حرمته في الواقع والحقيقة.

خاتمة البحث

الحمد لله الّذي بنعمته تتمّ الصّالحات، بتوفيق من الله عزّ وجلّ وصل البحث إلى منتهاه، واستقرّ على ما هو عليه من المباحث والأفكار، وهو لا يخلو من قصور وهنات رغم ما بذلت فيه من جهد مضني في حدود علمي وإمكاناتي، ولا يُستغنى في نهايته عن خاتمة تكرّ على فصوله ومباحثه لتقف على أهمّ ما توصّل إليه البحث من نتائج وملاحظات جديرة بالنّظر، مع التّنبيه لجملة من التّوصيات والاقتراحات أسجّلها في نقاط حتّى تسهل على مُراجعها.

أوّلا: النّتائج والملاحظات. **ويمكن إجمالها في نقطتين على النّحو التّالي:**

1. معالم نظريّة حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة:

تبيّن من خلال البحث أنّه ليس في نصوص الشّريعة الإسلاميّة ولا كتب المتقدّمين من فقهائها ذكر لعبارة "حجيّة الحكم القضائيّ"، خاصّة وأنّ لفظ "الحجيّة" نحته المتأخّرون للدّلالة على صفة الادّعاء الّذي يسنده الدّليل، ومع هذا فإنّ معناها مستقرّ في نصوص الشّريعة الدّالة على التّسليم للأحكام القضائيّة، وفقه علماء الشّريعة خاصّة في قاعدتي "الظّاهر من أحكام القضاء الصحّة" و"عدم نقض الأحكام القضائيّة".

ويمكن تحديد مفهوم "حجيّة الحكم القضائيّ" من أنّها حمل الحكم القضائيّ على الصحّة وافتراض إصابته الحقيقة ممّا يفرض ترك المنازعة فيما قضى به وترتيب آثاره عليه، وهذا لا يمنع من مراجعته، ومتى تحقّق تنكّبه عن الحقّ نُقض وأُلغي وأهدر ما حازه من حجيّة، إذ أنّ تغليب احتمال الصّواب لا يُلغي إمكانيّة الخطأ.

ويتردّد في عبارات فقهاء الشّريعة قولهم "نفوذ الأحكام" و"إنفاذها"، وقد تبيّن لي من استقرائها والوقوف على سياقاتها ومقاصدها أنّ المقصود بها إضافة إلى تنفيذها اعتبارها صحيحة والتّسليم لما قضت به، وهذا يعني أنّ حجيّة الأحكام في فقه الشّريعة يمكن اعتبارها معنى متضمّنا في معنى اصطلاح النّفاذ.

كما تبيّن من خلال البحث أنّ حجيّة الحكم القضائيّ نشأت واضحة قويّة في الشّريعة الإسلاميّة في ظلّ النّصوص الّتي ألزمت بالتّسليم للأحكام القضائيّة، بحيث اعتبرت التّسليم بما قضت به هذه الأخيرة دليلا على الإيمان وصدق الامتثال لله تعالى، ما دامت لا تتضمّن مخالفة لأحكامه الثّابتة بالنّصوص المعلومة والإجماع

وتقوم مشروعيّة حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة على أدلّة صريحة واضحة من نصوص الشّريعة وقواعدها، فأمّا نصوصها فأظهرها قوله تعالى: ([illegible]) (**سورة النّساء**، الآية65)، وأمّا قواعدها فأظهرها قاعدة "الاجتهاد لا يُنقض بمثله"، وفي صراحتها ووضوح دلالتها على معنى الحجيّة ما يكفي للردّ على من يُنكر وجودها في فقه الشّريعة ويدّعي مجافاتها لها.

وتظهر حجيّة الحكم القضائيّ في ظلّ الشّريعة الإسلاميّة كحكم شرعيّ مُلزم الأخذ به للقضاة والخصوم على السّواء، على اعتبار أنّ الخطابات الواردة في أدلّة المشروعيّة تشمل القضاة والمتقاضين على السّواء، فهي كما أنّها موجّهة للخصوم تلزمهم بالتّسليم للحكم القضائيّ وترك المنازعة فيه، فهي موجّهة كذلك للقضاة تمنعهم عن بحث ما فصلوا فيه من المسائل وتحجزهم عن إصدار أحكام وأقضية مستجدّة فيها.

كما تُعتبر الحجيّة في ظلّ الشّريعة الإسلاميّة متعلّقة بالنّظام العامّ بشكل مطلق دون تمييز بين الحكم المدنيّ والحكم الجنائيّ بالنّظر إلى النّصوص الّتي قرّرتها والقواعد الّتي تقوم عليها، وهي قائمة أساسا على تحقيق المصلحة العامّة ورعايتها متمثّلة في منع تناقض الأحكام والمحافظة على المراكز الشرعيّة للخصوم وحفظ هيبة القضاء في قلوب النّاس.

ويميّز حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة أنّها رغم كونها مؤسّسة على رعاية المصالح العامّة ومتعلّقة بالنّظام العامّ، فإنّها لا تُضفي على الأحكام المخالفة لنصوص الشّريعة ومواضع الإجماع آثارها، ومهما استنفد الخصوم وسائل الطّعن أو فوتوا مواعيدها فإنّ الأحكام الّتي هذه حالها لا تتحصّن على نقضها وإظهار بطلانها، على اعتبار أنّ ما خالف أحكام الشّريعة الثّابتة منكر وباطل يلزم تغييره ولا يحوز حصانة مهما سلك من قواعد إجرائيّة.

وقد تبيّن أيضا من خلال البحث ما تتميّز به آثار الحجيّة في الشرّيعة الإسلاميّة من شمول لأطراف العمليّة القضائيّة وامتدادا لأفكارهم واعتقاداتهم، فقد ظهر من خلال عرض آثارها أنّها لا تكتفي بما ترتّبه من آثار تتعلّق بالدّعاوى اللاّحقة للمسألة المحكوم فيها متى اشتركت معها في محلّ وسبب وأطراف الدّعوى، بل تتعدّى إلى بسط آثارها على فكر المجتهدين بحجزهم عن الفتوى خلافا للحكم القضائيّ فيما سبق الحكم فيه، وترفع الخلاف الفقهيّ في عين المسألة المحكوم فيها، كما تتعدّى إلى بسط آثارها على الخصوم بحيث تُخضع اعتقاداتهم لسلطة الحكم فيما يعتقدونه من حلّ وحرمة ممّا هو مختلف فيه.

وسرّ هذا الامتداد في آثار الحجيّة في الشرّيعة الإسلاميّة هو كونها تعنى إضافة إلى تنظيم السّلوك بمخاطبة الضّمائر وتربية الوازع الدّيني، وتنظيم الأخلاق الاجتماعيّة.

كما تبيّن من خلال البحث ذلك الرّباط الوطيد بين شروط صحّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة وشروط حجيّته، بحيث يمكن عدّ كلّ شرط من شروط الصّحة شرطا لقيام الحجيّة فيها، بحيث اعتبر فقه الشّريعة الإسلاميّة كلّ شرط متطلّب في صحّة الحكم القضائيّ يرتّب تخلّفه بطلان الحكم وعدم حيازته للحجيّة ولو استوفى باقي القواعد الإجرائيّة على اعتبار أنّه لم يفرّق بين العيوب الشكليّة الّتي تلحق بالحكم القضائيّ، بل جعل مجرّد تطلّبها علما على توقّف صحّتها وحيازتها للحجيّة على استيفائه.

2. بيان مواضع الاختلاف والاتّفاق في أساسيّات حجيّة الحكم القضائيّ بين الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ. ويمكن ذكرها في نقاط على النّحو التّالي:

أ- ينصرف معنى "الحكم القضائيّ" في فقه الشّريعة إلى الحكم الموضوعيّ الفاصل في النّزاع خصوصا، بحيث لا يدخل في مسمّاه قرارات الأعمال الولائيّة والإداريّة، وكذا القرارات الفاصلة في المسائل الإجرائيّة، ولهذا كانت إضافة صفة الحجيّة إليه (حجيّة الحكم القضائيّ) تُغني في الحقيقة عن تحديد نوعه وشرطه حتّى يحوزها، بينما يُطلق القانون الوضعيّ لفظ الحكم القضائيّ إطلاقا عامّا بمعنى القرار وإطلاقا خاصّا يشمل القرار الصّادر في الخصومة سواءً أكان إجرائيّا أم موضوعيّا، ولهذا كانت إضافة صفة الحجيّة إليه لا تُغني عن تحديد نوعه وشرطه.

ويتبيّن من ذلك أنّ التّعبير بـ "حجيّة الحكم القضائيّ" أدقّ وأسلم من التّعبير الشّائع بـ"حجيّة الشّيء المقضيّ" أو "حجيّة الأمر المقضيّ" وهذا لأنّها (أي الحجيّة) إنّما تلحق ما تضمّنه الحكم من قضاء وفصل في النّزاع، بحيث لا يكون ذلك القضاء والفصل محلّ بحث ومنازعة، ولا تلحق طلبات الخصوم أو الوقائع المحكوم فيها، وإنّما يحوز الحجيّة الفصلُ الوارد فيها.

ب- يختلف معنى "نقض الأحكام القضائيّة" في فقه الشّريعة الإسلاميّة عنه في القانون الوضعيّ، فبينما ينصرف معناه في فقه الشّريعة إلى معنى الإبطال والفسخ كما في اللّغة، فإنّه ينصرف في القانون الوضعيّ إلى الطّريق غير الاعتياديّ للطّعن في الأحكام القضائيّة، والحقيقة أنّ كلّ طريق يسعى لإبطال الحكم وإلغائه هو طريق لنقضه، فاستعمال علماء الشّريعة للمصطلح أوفق، والمسألة لا تعدو أن تكون اصطلاحا يلزم ضبطه وتوضيحه عند استعماله.

ج- يتّفق القانون الوضعيّ مع الشّريعة الإسلاميّة في تحديد مفهوم "حجيّة الحكم القضائيّ" من أنّها حمل الحكم القضائيّ على الصحّة وافتراض إصابته الحقيقة ممّا يفرض ترك المنازعة فيما قضى به وترتيب آثاره عليه، وهذا لا يمنع من مراجعته، ومتى تحقّق تنكّبه عن الحقّ نُقض وأُلغي وأهدر ما حازه من حجيّة، إذ أنّ تغليب احتمال الصّواب لا يُلغي إمكانيّة الخطأ.

د- يتردّد في عبارات فقهاء الشّريعة قولهم "نفوذ الأحكام" و"إنفاذها"، وقد تبيّن لي من استقرائها والوقوف على سياقاتها ومقاصدها أنّ المقصود بها صحّة الحكم ولزومه واستحقاقه للتّنفيذ وهذا المعنى غير تنفيذ الحكم الّذي يعني تحقيق الحكم بالقوّة الجبريّة، أو صلاحيّة الحكم ليكون سندا تنفيذيّا كما يقصده القانون الوضعيّ، والمسألة لا تعدو أن تكون مسألة اصطلاح يُراعى فيها سياقه، ويلزم ضبطه وتوضيحه عند استعماله.

ه- تبيّن من خلال البحث أنّ القانون الوضعيّ يعتبر أنّ استيفاء طرق الطّعن من طرف الخصوم أو فوات مواعيدها سببا لامتناع المساس بحجيّة الأحكام القضائيّة ولو تضمّنت من جانبها الموضوعيّ مخالفة للقانون ما

دامت سالمة من أسباب الانعدام الإجرائيّ، خلافا للشّريعة الإسلاميّة التّي تعتبر أنّ الأحكام المناقضة لما هو ثابت بنصّ أو إجماع باطلة مهما سلكت الإجراءات واستوفت الشّروط ومرّت عليها الأيّام.

فتبيّن من ذلك أنّ نهائيّة الأحكام القضائيّة في القانون الوضعيّ إجرائيّة بشكل مطلق، بينما نهائيّتها في الشّريعة الإسلاميّة إجرائيّة بشكل نسبيّ، إذ للموضوع دخل في نهائيّتها بعدم مخالفتها للثّابت فيها.

و- تبيّن من خلال البحث أنّ حجيّة الحكم القضائيّ نشأت واضحة قويّة في الشّريعة الإسلاميّة في ظلّ النّصوص الّتي ألزمت بالتّسليم للأحكام القضائيّة، بحيث اعتبرت التّسليم بما قضت به هذه الأخيرة دليلا على الإيمان وصدق الامتثال لله تعالى، ما دامت لا تتضمّن مخالفة لأحكامه الثّابتة بالنّصوص المعلومة والإجماع، وهي بذلك مُلزمة للقضاة والخصوم وغيرهم، بينما نشأت غامضة وضعيفة في القانون الوضعيّ كما تبيّنه إطلالة على نشأتها في ظلّ الحضارة البابليّة والرّومانيّة حيث كانت تستمدّ وجودها من امتناع التّشكيك في الآلهة الّتي تُنسب الأحكام القضائيّة إليها، ولم تكن مانعة من إعادة طرح النّزاع أمام القضاء، وإنّما كانت توجب على القضاة رفض الدّعوى أو النّطق بما سبق النّطق به، ولا تزال في عصرنا الحديث تُطرح كواحدة من المسائل المختلف في نوع المصلحة الّتي ترعاها وبالتّالي تعلّقها بالنّظام العامّ.

ز- تظهر حجيّة الحكم القضائيّ في ظلّ الشّريعة الإسلاميّة كحكم شرعيّ مُلزم الأخذ به للقضاة والخصوم على السّواء، على اعتبار أنّ الخطابات الواردة في أدلّة المشروعيّة تشمل القضاة والمتقاضين على السّواء، فهي كما أنّها موجّهة للخصوم تلزمهم بالتّسليم للحكم القضائيّ وترك المنازعة فيه، فهي موجّهة كذلك للقضاة تمنعهم عن بحث ما فصلوا فيه من المسائل وتحجزهم عن إصدار أحكام وأقضية مستجدّة فيها.

بينما لا تتضمّن النّصوص القانونيّة خطابا مباشرا للقضاة أو الخصوم يُلزمهم بترك البحث والمنازعة في المسألة المفصول فيها، وإنّما تظهر كقاعدة إجرائيّة ترتّب حال مخالفتها من طرف الخصوم برفع دعوى جديدة في الموضوع ذاته المحكوم فيه حقّا للمدّعى عليه بدفع الدّعوى بسبق الفصل فيها، وسلطة للقاضي في رفض الدّعوى بالاستجابة لهذا الدّفع أو إثارة الحجيّة من تلقاء نفسه في الدّعوى الجنائيّة مطلقا وفي الدّعوى المدنيّة في التّشريعات الّتي تعتبر الحجيّة قاعدة من النّظام العامّ (لا يعدّها المشرّع الجزائريّ كذلك).

ح- تبيّن لي من خلال استعراض عبارات فقهاء الشّريعة الإسلاميّة وفقهاء القانون الوضعيّ أنّ الأساس الحقيقيّ للقول بحجيّة الحكم القضائي هو ما يحقّقه من مصلحة جماعيّة تتمثّل في الحفاظ على استقرار المراكز القانونيّة باستقرار الأحكام ومنع استمرار المنازعات وحفظ هيبة القضاء، ومصلحة فرديّة تتّضح في الدّعوى المدنيّة في استقرار الحقوق المحكوم بها لأصحابها، وتتّضح في الدّعوى الجزائيّة في ضمان حريّة الشّخص المتابع إذا كان قد صدر بشأن الواقعة حكم أو أُعفي من المتابعة.

ط- يتحدّد النّظام العامّ في ظلّ الشّريعة الإسلاميّة بشكل واضح بالمصالح الضّروريّة والعامّة، وهي مصالح مقرّرة في علم مقاصد الشّريعة بالنّظر إلى ثبوتها بالنّصوص العامّة والاستقراء، وعلى النّقيض من ذلك فإنّ القانون الوضعيّ رغم تحديده إيّاها بالمصالح الأساسيّة الّتي يقوم عليها كيان المجتمع، فإنّه يعود فيجعل إرادة التّشريع هي الحَكَم في تحديد كون المسألة من النّظام العامّ أم لا.

وتُعتبر الحجيّة متعلّقة بالنّظام العامّ بشكل مطلق في الشّريعة الإسلاميّة دون تمييز بين الحكم المدنيّ والحكم الجنائيّ، خلافا للقانون الوضعيّ الّذي يميّز بينهما على اعتبار أنّ الحجيّة في المادّة المدنيّة مقرّرة لصالح الخصوم، ولا يجوز إثارتها من المحكمة من تلقاء نفسها (المادّة 338 من القانون المدنيّ الجزائريّ).

ي- يعتبر فقه الشّريعة الإسلاميّة أنّ حصول أيّ خلل في شروط صحّة الحكم القضائيّ ينجرّ عنه بشكل تلقائيّ عدم حيازته للحجيّة، وهذا على اعتبار أنّ الحجيّة قاصرة على الأحكام الصّحيحة المستوفية للشّروط الواجبة شرعا في القاضي والمتقاضي والمقضيّ به من حيث مضمونه أو من حيث صدوره وصيغته.

بينما يميّز القانون الوضعيّ بين الخلل الجسيم وغير الجسيم، فيجعل الخلل الجسيم مانعا من حيازة الحكم للحجيّة وهي ما يطلق عليها حالة الانعدام، أمّا الخلل غير الجسيم فلا يكون مانعا منها، وإنّما يترتّب من حصوله إمكانيّة الطّعن فيه قصد تصحيحه أو نقضه، ويترتّب عن ذلك أنّه حال تفويت فرصة الطّعن أو استيفائها دون تصحيح ما شاب الحكم من خطأ يتحصّن الحكم عن المساس به، ويغدو كالحكم الصّحيح حائزا للحجيّة.

ك- يُشترط لحيازة الحكم القضائيّ للحجيّة أن يكون صادرا عن جهة قضائيّة، وتتحدّد الجهة بكونها قضائيّة بأن تكون مخوّلة للفصل في النّزاعات، ولهذا فلم تُضفِ الشّريعة الإسلاميّة ولا القانون الوضعيّ حجيّة على ما يصدر عن جهات الإفتاء، بينما أضفى كلّ منهما حجيّة على أحكام المُحَكَّم لاعتماده كجهة قضائيّة في كلّ منهما.

ل- يختلف القانون الوضعيّ عن الشّريعة الإسلاميّة في اعتماده لمبدأ الانتفاء المطلق لولاية القضاء بحيث يُخرج المنازعات ذات العنصر الأجنبيّ وحالات التّمتّع بالحصانة القضائيّة وأعمال السّيادة من الخضوع لولاية القضاء، بحيث لا يكون للحكم القضائيّ حجيّة متى صدر بالمخالفة لهذا المبدأ، بينما لا تُخرج الشّريعة الإسلاميّة أيّ نوع من الأعمال أو الأشخاص من سلطان الخضوع للقضاء، ويُعتبر الحكم القضائيّ حائزا للحجيّة متى استوفى شروطه بغضّ النّظر عن نوع العمل وأشخاصه.

م- يعتبر فقه الشّريعة الإسلاميّة صدور الحكم القضائيّ في حدود الاختصاص الممنوح للجهة القضائيّة شرطا لازما لحيازته للحجيّة بغضّ النّظر عن نوع الاختصاص، بينما لا يرتّب القانون الوضعيّ عن مخالفة الأحكام

للحجيّة عدم حيازتها للحجيّة بشكل مطلق، إمّا على اعتبار أنّ التّشريع لا يمنع من نظر النّزاع من غير المحكمة المختصّة إذا كان عرض الخصومة باتّفاق الأطراف، أو لأنّ ترتيب أثر عدم الاختصاص متوقّف على تمسّك الخصوم بالدّفع بعدم الاختصاص أو على طعنهم في الحكم لنفس السّبب، وحتّى في حالة مخالفة الحكم للاختصاص الولائيّ فإنّ ذلك لا يمنع من حيازته للحجيّة، وإنّما يجعل حجّيته قاصرة على الجهة مصدرة الحكم وما يتبعها من محاكم، بينما لا يحوز حجيّة أمام الجهة القضائيّة صاحبة الولاية.

ن- تبيّن من خلال البحث أنّ الحجيّة وصف قاصر على الأحكام الفاصلة في الموضوع دون غيرها، بغضّ النّظر عن الاختلاف الكائن بيت فقه الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ حول مسمّى الحكم القضائيّ، فإنّهما يتّفقان على قصر الحجيّة على ما كان منه فاصلا في الموضوع.

س- يمثّل الدّفع بحجيّة الحكم القضائيّ أو الدّفع بسبق الفصل الوجه الأكثر أهميّة وتداولا في إعمال الحجيّة، ويكون مقصده حجب المحكمة عن نظر الدّعوى، وقد تبيّن أنّه دفع بعدم القبول كما تدلّ عليه نصوص الشّريعة وفقهها وكما يرجّحه الاتّجاه الغالب في الفقه القانونيّ.

ومع هذا فإنّ جانبا من الفقه والتّشريع القانونيين لا يزال متردّدا في تعلّقه بالنّظام العامّ وحقّ المحكمة في إثارته من تلقاء نفسها في الدّعوى المدنيّة، على اعتبار أنّه مقرّر لمصلحة الخصوم وأنّه لا يعدو أن يكون وسيلة إثبات يمكن الاتّفاق على خلافها، وقد ترجّح بالنّظر إلى المصالح العامّة المنوطة بهذا الدّفع تعلّقه بالنّظام العامّ وواجب المحكمة في إثارته من تلقاء نفسها، وهو ما قرّرته الشّريعة الإسلاميّة بشكل واضح.

ع- يُشترط للدّفع بسبق الفصل في الدّعوى المدنيّة توافر الوحدة الثلاثيّة المتمثّلة في وحدة المحلّ والسّبب والخصوم، وقد تبيّن من خلال البحث أنّ المعنى الدّقيق لوحدة المحلّ بين دعويين هو كون الحقّ المقصود بلوغه في الدّعوى الجديدة هو نفسه الّذي صدر بشأنه حكم في الدّعوى السّابقة، وتتحقّق بأن يكون ما تهدف إليه الدّعوى الجديدة هو الحصول على حكم مناقض للحكم الصّادر في الدّعوى السّابقة بحيث يقرّ حقّا أنكره سابقا أو ينكر حقّا أقرّه سابقا، بينما تتحقّق وحدة السّبب بطرح نفس الوقائع الّتي سبق الفصل فيها، وتتحقّق وحدة الخصوم بأن يكون نفس أطراف النّزاع بصفاتهم في الدّعوى الأولى هم الّذين يمثّلون في الدّعوى الثّانية كأطراف بنفس الصّفات.

وتقتصر شروط الدّفع بسبق الفصل في الدّعوى الجزائيّة على توافر الوحدة الثنائيّة المتمثّلة في وحدة الموضوع ووحدة المتّهم، وتتحقّق وحدة الموضوع بوحدة الوقائع المتابع من أجلها المتّهم، بينما تتحقّق وحدة المتّهم بأن يكون الشّخص المتابع في الدّعوى الجديدة هو ذاته الّذي تمّت متابعته في الدّعوى السّابقة وحُكم بإدانته أو براءته.

ف- تقتصر الحجيّة من حيث مجال إعمالها على العمل القضائيّ بمعناه الدّقيق، ولهذا فهي لا تسري من حيث نوع طبيعة العمل إلاّ على ما كان صادرا عن سلطة قضائيّة في حدود ممارسة هذه السّلطة، وقد تبيّن أنّ المعيار الحقيقيّ لتحديد كون العمل قضائيّا أم لا هو المعيار الّذي يجمع بين العناصر الهيكليّة المكوّنة للعمل القضائيّ متمثّلة في الادّعاء والتّقرير والقرار والصبغة الشّكليّة متمثّلة في العضو والإجراء.

كما أنّ الحجيّة لا تسري كأصل عام لغير منطوق الحكم من أسباب ووقائع لأنّها ليست محلاّ لإيراد العمل القضائيّ، ولا تسري لغير المنطوق الصّريح كأصل عام لأنّ المعنى الضمنيّ ليس محلاّ لإيراد العمل القضائي كذلك، ومع هذا فإنّه متى تضمّنت الأسباب والوقائع أو تضمّن الحكم غير الصّريح فصلا موضوعيّا في النّزاع وكان محلّ طرح من الخصوم وبحث من المحكمة فإنّه يحوز الحجيّة.

ص- يُعتبر الحديث عن آثار حجيّة الحكم القضائيّ بيانا لثمرة إعمالها، وقد تبيّن من خلال عرض آثارها في الشّريعة الإسلاميّة أنّها أوسع مجالا وأكثر امتدادا ممّا يرتّبه القانون، فهي لا تكتفي بما ترتّبه من آثار تتعلّق بالدّعاوى اللاّحقة للمسألة المحكوم فيها متى اشتركت معها في محلّ وسبب وأطراف الدّعوى، بل تتعدّى إلى بسط آثارها على فكر المجتهدين بحجزهم عن الفتوى خلافا للحكم القضائيّ فيما سبق الحكم فيه، وترفع الخلاف الفقهيّ في عين المسألة المحكوم فيها، كما تتعدّى إلى بسط آثارها على الخصوم بحيث تُخضع اعتقاداتهم لسلطة الحكم فيما يعتقدونه من حلّ وحرمة ممّا هو مختلف فيه.

وسرّ هذا الامتداد في آثار الحجيّة في الشّريعة الإسلاميّة هو كونها تعنى إضافة إلى تنظيم السّلوك بمخاطبة الضّمائر وتربية الوازع الدّيني، وتنظيم الأخلاق الاجتماعيّة.

ق- تبيّن من خلال البحث أنّ هناك خلافا جوهريّا حول سلطة القاضي في نظر الحكم المُستأنف بين الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ، فبينما يجعل هذا الأخير لجهة الاستئناف سلطة الحكم بشكل مختلف أو مناقض للحكم الأوّل دون اعتبار للاجتهاد الّذي قام عليه، فإنّ فقه الشّريعة الإسلاميّة يُجمع على أنّ نظر الاستئناف لا يجوز أن يتجاهل الاجتهاد الّذي قام عليه القضاء السّابق، بحيث أنّه لا يجوز نقضه لمجرّد اختلاف الاجتهاد ما دام الاجتهاد الأوّل سائغا شرعا وعقلا.

ر- يُعتبر بطلان الأحكام القضائيّة المخالفة لمبدأ الحجيّة من أهمّ آثارها، وذلك أنّ إصدار حكم في دعوى جديدة مناقض لحكم سابق صادر في دعوى سابقة مع اشتراك الدّعويين في الخصوم والمحلّ والسّبب في الدّعوى المدنيّة أو اشتراكهما في الواقعة والمتّهم في الدّعوى الجزائيّة يكون سببا في نقض وإبطال الحكم الجديد نظرا لمخالفته للحجيّة الّتي حازها الحكم الأوّل.

ثانيا: التّوصيات والاقتراحات.

ويمكن ذكرها باختصار في النّقاط التّالية:

1. ضرورة الاستفادة ممّا توصّل إليه الفقه القانونيّ والتّشريع الوضعيين حديثا من مسائل شكليّة إجرائيّة، كتحديد بيانات صحيفة الحكم، وتمييز المنطوق بوضع محدّد ضمنها، وتحديد آجال الطّعن، تمييزا لنظام الحجيّة عن نظام استنفاد المحكمة لولايتها ونظام قوّة الأمر المقضيّ.

2. ضرورة العدول عن اعتبار ما يصدر عن القاضي من فعل يدلّ على فصل في الخصومة حكما قضائيّا في فقه الشّريعة الإسلاميّة، وهذا على اعتبار أنّ تحديد التّعبير عن الحكم القضائيّ بالوسائل الصّريحة متمثّلة في القول والكتابة أنفى للشّكّ وأليق بمكانة الحكم القضائيّ وأنسب للقول بحجيّته، خاصّة مع اقتضاء المصلحة تسجيل الأحكام وتحريرها.

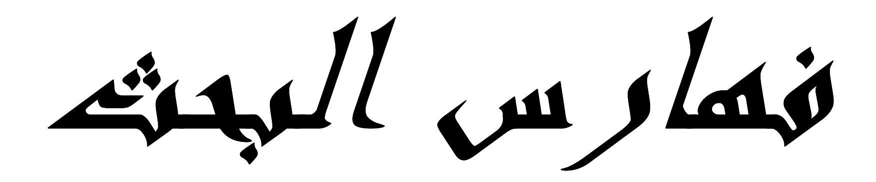
وهو ما يقتضي أن يُنبَّه المشتغلون بعلم القضاء في الشّريعة عند تعريفهم للقضاء أنّ ما يصدر عن القاضي من فعل يدلّ على فصل في النّزاع كالإشارة المفهمة وإن كان صحيحا من النّاحية النّظريّة على اعتبار دلالته على ما استقرّ من معنى في نفس القاضي، فإنّه لا يصحّ من النّاحية العمليّة تحقيقا للمصالح المذكورة والمعتبرة شرعا.

3. ضرورة تعديل المادّة (338) من القانون المدنيّ الجزائريّ بحيث يزال ما فيها من خلط بين الحجيّة وقوّة الأمر المقضيّ، وهذا بالنّظر إلى الدّور المختلف الّذي تؤدّيه الحجيّة مقارنة مع قوّة الأمر المقضيّ وتمكين المحكمة من إثارتها من تلقاء نفسها انطلاقا من ضرورة القول بتعلّقها بالنّظام العامّ نظرا للمصالح العامّة الّتي أنيط بها تحقيقها.

فقد تأكّد من خلال البحث ما يقع من خلط في كثير من المؤلّفات والمراجع بين حجيّة الحكم القضائيّ ونظام استنفاذ المحكمة لولايتها ونظام وقوّة الأمر المقضيّ، وهو أمر نبّه إليه بعض رجال القانون، وهو ما لمسته بنفسي خلال تعاملي مع مختلف المراجع وأشرت إليه في مواضعه، وهو الخلط الّذي لم تسلم منه حتّى نصوص القانون (المادة 338 من القانون المدنيّ الجزائريّ).

ويمكن تمييز نظام الحجيّة عنهما بشكل واضح وصريح ببيان أنّ الفرق الأساسيّ هو كون نظام الحجيّة يمارس دوره خارج الخصومة القضائيّة على الدّعوى المستقبليّة في صورة التّمسّك بالحجيّة أو الدّفع بها، كما يقتصر على الأحكام الموضوعيّة دون الإجرائيّة، بخلاف نظامي الاستنفاد والقوّة حيث يمارسان دوريهما داخل الخصومة القضائيّة، ويشملان الأحكام الموضوعيّة والإجرائيّة على السّواء.

وعلى هذا أقترح إعادة صياغتها على النّحو التّالي "الأحكام القضائيّة حجّة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أيّ دليل ينقضها، ولا تكون لتلك الأحكام هذه الحجيّة إلاّ في نزاع قام بين الخصوم دون أن تتغيّر صفاتهم، وتتعلّق بحقوق لها نفس المحلّ والسّبب، وتأخذ المحكمة بها من تلقاء نفسها"



فف

فهرس الآيات القرآنيّة

السّورة	رقم الآية	نصّ الآية	الصفحة
البقرة	138	[illegible]	110

		[illegible]	
البقرة	179	[illegible]	222
البقرة	281	[illegible]	190
البقرة	282	[illegible]	70، 193
آل عمران	77	[illegible]	538
النّساء	23	[illegible]	96
النّساء	34	[illegible]	175
النّساء	59	[illegible]	54، 89، 209
النّساء	60	[illegible]	93
النّساء	64	[illegible]	109
النّساء	65	[illegible]	53، 81، 91، 132، 133، 134، 494
النّساء	103	[illegible]	9
النّساء	105	[illegible]	394
النّساء	141	[illegible]	168

النّساء	165	[illegible]	213
المائدة	38	[illegible]	333
المائدة	49	[illegible]	173، 174، 180، 196
المائدة	67	[illegible]	395
المائدة	91	[illegible]	222
الأنفال	1	[illegible]	111
الأنفال	46	[illegible]	111
هود	97	[illegible]	22
يوسف	55	[illegible]	183
الرّعد	41	[illegible]	90، 93
الحجر	66	[illegible]	9
الإسراء	15	[illegible]	208، 213
الإسراء	23	[illegible]	9
مريم	12	[illegible]	6
الحجّ	38	[illegible]	307
النّور	6	[illegible]	100

فهرس الأحاديث والآثار

فهرس القواعد الأصوليّة والفقهيّة

فهرس المسائل الفقهيّة

فهرس الأعلام

فهرس النّصوص القانونّية

القانون العضويّ 98-03 المتضمّن اختصاصات محكمة التّنازع وتنظيمها وعملها	03	272، 273، 279
القانون العضويّ 11-04 المتضمّن القانون الأساسيّ للقضاء الجزائريّ	03	185
	37	178
	38	179، 185، 186
	39	179، 185، 186
	40	179، 186
	41	179، 185، 186
	43	179
	49	185، 186
	50	186
القانون العضويّ 05-11 المتعلّق بالتنظيم القضائيّ	03	245
	04	247
	05	246
	06	246
	10	246
	15	246
قانون إجراءات جزائيّة جزائريّ		
	04	492، 505
	06	76، 129، 133، 281، 302، 317، 320، 365، 498، 500، 531
	175	417
	212	212
	248	248، 273، 281
	249	281، 282
	250	188
	251	282
	252	269
	258	248
	285	218
	292	198
	293	198
	294	198، 199
	311	62، 129، 131، 133، 147، 281، 313، 314، 368، 370، 380، 386، 498، 532
	313	420

القانون	رقم المادة	الصفحات
	314	223، 420
	317	198
	318	198
	319	198
	329	268، 269
	345	198، 199
	346	199
	347	199
	446	281
	451	271، 281
	466	271
	496	417
	499	76
	500	120
	552	268
	589	266
قانون إجراءات مدنيّة جزائريّ		
	01	246، 267، 268، 269، 270
	02	270
	03	270، 481
	05	246، 268، 272
	06	268، 271
	07	270، 481
	08	268
	22	198
	23	198
	24	198
	25	78
	26	198
	28	282
	31	216
	33	198
	38	217، 218، 219، 220، 223، 234، 420
	39	78، 79
	41	78، 219
	43	214
	93	281، 282
	94	188، 475

	95	188، 475
	96	188، 475
	98	199
	101	199
	102	76
	109	521
	137	217
	143	199
	144	218
	194	232، 234، 484، 496
	201	194، 202، 233
	204	231
	231	271
	232	271
	233	321، 496
	234	496، 509
	238	76
القانون 98-02 المتضمّن تنظيم وتشكيل المحاكم الإداريّة.	01	247، 267، 272
	03	247
	09	247
قانون مدنيّ جزائريّ		
	102	476
	324	79
	325	79
	326	79
	337	128، 146، 155
	338	49، 61، 74، 77، 125، 126، 127، 128، 133، 154، 156، 313، 316، 321، 323، 324، 331، 344، 350، 352، 361، 363، 489، 490، 492، 495، 508
	339	130، 131، 492، 503
	776	356، 357
	793	359
قانون السجل العقاريّ	15	359
	85	360
قانون عقوبات جزائريّ	34	372
	35	372

المرسوم التّنفيذيّ 98-356	02	247
	05	247
المرسوم التنفيذي 05-303	28	178، 179
	29	178
قانون إثبات مصريّ	11	79
	101	62، 125، 128، 133، 155، 300، 313، 316، 317، 321، 324، 332، 344، 352، 361، 363، 490، 493، 495، 508
	102	503
قانون إجراءات جنائيّة مصريّ	441	384
	454	62، 130، 133، 313، 370، 499
	456	302، 503
قانون الشّهر العقاري المصريّ	17	360
قانون مدنيّ مصريّ	405	77، 127، 128، 154، 155، 316، 321، 490، 493
قانون مرافعات مصريّ	116	62، 125، 155، 313، 316، 317، 490، 495
قانون إجراءات جزائية فرنسيّ	06	130، 302، 499
	368	62، 129، 133، 313
قانون مدنيّ فرنسيّ	1349	43
	1350	127
	1351	49، 62، 126، 127، 128، 313، 316، 324، 332، 344، 351، 361، 363، 495
قانون مرافعات فرنسيّ	455	442
	480	442
مجلة الأحكام العدليّة	1631	308
	1632	308
	1786	292
	1800	181
	1814	218
	1815	217
	1827	71
	1829	187
	1837	58، 343، 351
	1840	343
	2145	211

فهرس الاجتهادات القضائيّة

المصدر	نوعه	رقمه	تاريخه	مصدره	الصفحة
اجتهادات قضائيّة جزائريّة					
المحكمة العليا	جنائيّ	/	1968/11/19	**نشرة العدالة**، 1968م، ص81	157
المحكمة العليا	جنائي	/	1968/11/19	***مجموعة الأحكام***، ص355	63، 130، 157
المحكمة العليا	جنائي	/	1969/04/29	**نشرة القضاة**، العدد 3، 1970م، ص56	63، 130، 317
المحكمة العليا	جنائيّ	/	1969 /05/20	**نشرة القضاة**، العدد 2، 1970، ص68	63
المحكمة العليا	جنائيّ	/	1969/05/20	**نشرة العدالة**، 1969م، ص218.	130، 157، 489

المحكمة العليا	مدنيّ	12042	1975/06/27	يحي بكوش، **أدلّة الإثبات**... ص397	63، 126، 348
المحكمة العليا	مدنيّ	24509	1982/03/03	**المجلّة القضائيّة**، العدد 1، 1989م، ص26	63، 126
المحكمة العليا	جنائي	/	1983/06/14	**سلسلة الاجتهاد القضائيّ**، ديوان المطبوعات الجامعيّة، ص83.	372، 373
المحكمة العليا	جنائيّ	35917	1984/06/12م	جيلالي بغدادي، **الاجتهاد القضائيّ في المواد الجزائيّة**، ج1ص34	283
المحكمة العليا	جنائيّ	35677	1984/10/23	**المجلة القضائيّة**، 1989، ص220	417
المحكمة العليا	مدنيّ	34931	1985/10/30	**المجلة القضائيّة**، العدد 04، 1989م، ص68.	133، 154، 321، 490
المحكمة العليا	جنائيّ	49361	1986/12/16	**المجلة القضائيّة**، العدد3، 1993م، ص243	188
المحكمة العليا	جنائيّ	44591	1988/01/15	**المجلة القضائيّة**، العدد2، 1990م، ص284	372
المحكمة العليا	جنائي	149	1988/03/15	أحسن بوسقيعة، **قانون الإجراءات الجزائيّة**... ص123	63
المحكمة العليا	مدنيّ	/	1989/12/19	**المجلة القضائيّة**، عدد 04، 1990م، ص108	270، 280
المحكمة العليا	جنائيّ	69013	1990/03/27	جيلالي بغدادي، **الاجتهاد القضائيّ**... ج1ص36.	282
المحكمة العليا	جنائيّ	55057	1989/03/14	**المجلّة القضائيّة**، العدد02، 1992م، ص216	417
المحكمة العليا	جنائي	117680	1996/07/14	**النّشرة القضائيّة**، العدد 52، سنة 1997م، ص147.	147، 370
المحكمة العليا	مدنيّ	146457	1996/07/17	**المجلّة القضائيّة**، العدد 1، 1997م، ص28	63، 126
اجتهادات قضائيّة مصريّة					
محكمة أسيوط الشرعيّة	أحوال شخصيّة	03	1912/06/15	**منتخبات الأحكام الشرعيّة**، 1912 (نقلا عن: حسن بن أحمد الحماديّ، **نظريّة حجيّة الحكم القضائيّ**، ص349)	502
محكمة مصر الابتدائيّة الشرعيّة	أحوال شخصيّة	08	1929/04/30	**مجلّة المحاماة الشرعيّة**، 1927-1928، ص25 (نقلا عن: حسن بن أحمد الحماديّ، نفسه)	502
المحكمة العليا الشرعيّة	أحوال شخصيّة	216	1930/10/30	**مجلّة المحاماة الشرعيّة**، 1929-1930، ص257 (نقلا عن: حسن بن أحمد الحماديّ، نفسه)	502
محكمة النّقض	مدنيّ	72	1934/05/24	سيّد أحمد شعله، **قضاء النّقض المدنيّ**... ص481.	357
محكمة النّقض	جنائيّ	281	1934/10/29م	عبد الحكم فوده، **حجية الأمر المقضيّ**...ص379	366
محكمة النّقض	مدنيّ	246	1935/04/11	عبد الحكم فوده، نفسه، ص340.	355

محكمة النّقض	مدنيّ	38	1943/4/15	سعيد أحمد شعله، نفسه، ص46.	345
محكمة النّقض	مدنيّ	91	1948/02/26	سعيد أحمد شعله، نفسه، ص48.	430
محكمة النّقض	مدنيّ	115	1953/3/26	عبد الحكم فوده، نفسه، ص274.	342
محكمة النّقض	جنائيّ	11	1953/10/9	عبد الحكم فوده، نفسه، ص397.	376
محكمة النّقض	مدنيّ	493	1964/12/17	سعيد أحمد شعله، نفسه، ص70	345
محكمة النّقض	مدنيّ	53	1969/03/31	سعيد أحمد شعله، نفسه، ص62	330
محكمة النّقض	مدنيّ	04	1974/06/05	سعيد أحمد شعله، نفسه، ص 88	450
محكمة النّقض	مدنيّ	33	1975/03/18	سعيد أحمد شعله، نفسه، ص23	360
محكمة النّقض	جنائيّ	1130	1975/11/2	عبد الحميد الشواربيّ، **حجيّة الأحكام**... ص140.	375
محكمة النّقض	مدنيّ	555	1977/4/6	أحمد هندي، **قانون المرافعات**... ص.587	478
محكمة النّقض	مدنيّ	1681	1977/11/1	أحمد ماهر زغلول، **أعمال القاضي**...ص374	474
محكمة النّقض	مدنيّ	713	1980/01/15	سعيد أحمد شعله، نفسه، ص26	360
محكمة النّقض	مدنيّ	411	1980/12/11	سعيد أحمد شعله، نفسه، ص71	340
محكمة النّقض	مدنيّ	36	1984/11/27	سعيد أحمد شعله، نفسه، ص79	279
محكمة النّقض	مدنيّ	12	1985/01/03	سعيد أحمد شعله، نفسه، ص92	434
محكمة النّقض	مدنيّ	902	1986-06-19	سعيد أحمد شعله، نفسه، ص32.	126
محكمة النّقض	مدنيّ	/	1986/12/11	سيد أحمد شعله، نفسه، ص543.	350
محكمة النّقض	مدنيّ	1935	1986/12/25	سيد أحمد شعله، نفسه، ص32-33	350
محكمة النّقض	مدنيّ	675	1987/06/04	سيد أحمد شعله، نفسه، ص33	349
محكمة النّقض	مدنيّ	1834	1990/05/21	سعيد أحمد شعله، نفسه، ص506.	359
محكمة النّقض	مدنيّ	930	1991/03/28	سعيد أحمد شعله، نفسه، ص69	328
محكمة النّقض	أحوال شخصيّة	591	1997/11/1	حسن بن أحمد الحمّادي، نفسه، ص74	58
محكمة النّقض	مدنيّ	21	1976/04/07	علي عوض حسن، نفسه، ص11.	309
اجتهادات قضائيّة إماراتيّة					
المحكمة الاتّحاديّة العليا	مدني	2	1976/4/7م	نقلا عن: حسن بن أحمد الحمّادي، نفسه، ص71	58، 66، 83
اجتهادات قضائيّة فرنسيّة					
محكمة النّقض (الجزائر)	مدنيّ	/	1862/10/25	études de droit musilman algérien. P338	116
محكمة النّقض	جنائيّ	141	1910/02/02	GASTON STÉFANI, *op. cit*. p748	504
محكمة النّقض	جنائيّ	/	1954/03/25	J. FOSSEREAU. , *op. cit*. P.07.	369

محكمة النّقض	جنائيّ	202	1954/07/07	GASTON STÉFANI, *op. cit*. p748	504
محكمة النّقض	مدنيّ	16712	1971/01/20	GASTON STÉFANI, *op. cit*. p748	504
محكمة النّقض	مدنيّ	85	1980/12/15	GASTON STÉFANI, GEORGES LEVASSEUR, BERNARD BOULOC, **Procédure pénale**, Dalloz, 16ème éd. , 1996., p748)	504

فهرس المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

أوّلا: المصادر والمراجع الشرعيّة:

التّفسير

1. (**الرّازي**) فخر الدّين أبو عبد الله محمّد بن عمر بن الحسين (ت606هـ)، **التّفسير الكبير**، دار إحياء التراث العربي، ط3، بيروت، لبنان.
2. (**الزّمخشري**) جار الله أبو القاسم محمود بن عمر (ت538هـ)،**تفسير الكشّاف عن حقائق التّتريل وعيون الأقاويل في وجوه التّأويل**، تحقيق وتعليق محمّد مرسي عامر، دار المصحف، القاهرة، مصر، ط2، 1397هـ-1977م.
3. (**الشّوكانيّ**) محمّد بن عليّ بن عبد اللّه(ت 1255هـ)، **فتح القدير**، دار الكتب العلميّة، بيروت ، لبنان، ط1، 1415هـ-1994م.

4. (**الطّبري**) محمّد بن جرير بن يزيد (ت 310 هـ)، **جامع البيان في تفسير القرآن**، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1990.
5. (**ابن عاشور**) محمّد الطاهر (ت 1313 هـ)، **التّحرير والتنوير**، الدّار التّونسية للنّشر ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984م.
6. (**ابن العربيّ**) أبو بكر محمّد بن عبد الله (ت543هـ)، **أحكام القرآن**، تحقيق عليّ محمّد البجاوي، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
7. (**القرطبيّ**) أبو عبد الله محمّد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاريّ (ت671هـ)، **الجامع لأحكام القرآن**، دار الكتب العلميّة، بيوت، لبنان.
8. (**ابن كثير**) أبو الفداء إسماعيل بن الخطيب شهاب الدّين أبو حفص عمر عماد الدّين القرشيّ الشافعيّ (ت 774هـ)، **تفسير القرآن العظيم**، دار إحياء التّراث العربيّ، بيروت، لبنان.
9. (**النّسفيّ**) أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود (ت701 هـ)، **تفسير القرآن الجليل** (المسمّى مدارك التنزيل وحقائق التّأويل)، دار الكتاب العربيّ، بيروت، لبنان.

الحديث وعلومه

10. (**أحمد بن حنبل**) أبو عبد الله الشّيبانيّ الوائلي (ت264 هـ)، **المسند**، مسند الزبير بن العوّام، ح1431، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، لبنان.
11. (**الألبانيّ**) محمّد ناصر الدّين(ت1420هـ- 1999م)، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السّبيل**، ط2، 1985م، بيروت، لبنان.
12. (**الألباني**)، **صحيح سنن ابن ماجه**، مكتب التّربية العربيّ لدول الخليج، ط1، 1408 هـ - 1988م.
13. (**البخاريّ**) محمّد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة أبو عبد الله (ت256) ، **الجامع الصّحيح**، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، لبنان.
14. (**البيهقيّ**) أحمد بن الحسين بن عليّ بن أبي بكر (ت458 هـ)، **السنن الكبرى**، دار الفكر، بيروت، لبنان.
15. (**التّرمذي**) أبو عيسى محمّد بن عيسى بن سورة (ت279هـ)، **السّنن**، كتاب الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، 1994م.
16. (**ابن حجر**) العسقلاني أحمد بن عليّ(ت852هـ)، **فتح الباري شرح صحيح البخاريّ**، تحقيق محمّد فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
17. (**الدّارقطني**) عليّ بن عمر (ت385هـ)، **السّنن**، بذيله التّعليق المغني على الدّارقطني للعظيم آبادي، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط4، 1466هـ-1986م.
18. (**أبو داود**) سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزديّ السجستاني (ت275هـ)، **السّنن**، دار إحياء التّراث العربيّ، بيروت، لبنان.
19. (**الزرقاني**) محمّد المالكيّ(ت1122هـ)، **شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك**، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1401هـ-1981م
20. (**الزّيلعي**) جمال الدّين أبو محمّد عبد الله بن يوسف الحنفي (ت762هـ)، **نصب الرّاية لأحاديث الهداية**، دار الحديث، القاهرة، مصر.
21. (**الشّوكاني**) محمّد بن عليّ بن محمّد بن عبد الله (1255هـ)، **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيّد الأخيار**، دار الجيل، بيروت، لبنان، ج7 ص68.

22.(**المباركفوري**) أبو العلا محمّد عبد الرّحمان بن عبد الرحيم (ت 1353 هـ)، **تحفة الأحوذيّ شرح جامع الترمذيّ**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط1، 1410 هـ-1990م.

23.(**مسلم**) أبو الحسين بن الحجاج القشيري النيسابوريّ (ت261هـ)، **صحيح مسلم**، تحقيق محمّد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التّراث العربيّ، بيروت، لبنان، ط2، 1972م.

24.(**النّسائيّ**) أبو عبد الرّحمان بن شعيب (ت303هـ) **السّنن الكبرى**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان.

25.(**النّووي**) يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني أبو زكريا محيي الدّين(ت676هـ)، **شرح النّووي**، دار الفكر.

أصول الفقه ومقاصد الشّريعة وقواعدها

26.(**الآمدي**) سيف الدّين أبو الحسن عليّ بن أبي عليّ بن محمّد (ت631 هـ)، **الإحكام في أصول الأحكام**، تهميش إبراهيم العجوز، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط1، 1405هـ-1985م.

27.أحمد بن محمّد الزّرقاء (ت 1357 هـ)، **شرح القواعد الفقهيّة**، تصحيح عبد الستار أبو غدّة، دار الغرب الإسلاميّ،بيروت، لبنان، ط1، 1403هـ-1983م.

28.(**الإسنوي**) جمال الدّين عبد الرّحيم بن الحسن (ت 772 هـ)، **نهاية السّول في شرح منهاج الوصول للبيضاوي**، المطبعة السلفيّة، القاهرة، مصر، 1354هـ.

29.(**الأنصاريّ**) عبد العليّ محمّد بن نظّام الدّين(ت1180هـ)، **فواتح الرّحموت بشرح مسلم الثّبوت**، بذيل **المستصفى من علم أصول الفقه** للغزالي أبو حامد محمّد بن محمّد (ت505هـ) و**شرح مسلم الثّبوت** لابن عبد الشّكور محبّ الله (ت1119هـ)، المطبعة الأميريّة ببولاق مصر المحميّة، ط1، 1322هـ.

30.(**البخاري**) عبد العزيز بن أحمد (ت730هـ)، **كشف الأسرار عن أصول البزدويّ**، دار الكتاب العربيّ، بيروت، لبنان، 1989م.

31.(**البيضاوي**) عبد الله بن عمر بن محمّد (ت685هـ)، **المنهاج بشرح الإبهاج** للسّبكي علي بن عبد الكافي (ت 756هـ) وولده السّبكي تاج الدّين عبد الوهّاب(ت771هـ)، تحقيق شعبان محمّد إسماعيل، مكتبة الكلّيات الأزهريّة، مصر، ط1، 1401هـ-1981م.

32.(**التّفتازاني**) سعد الدّين مسعود بن عمر (ت792هـ)، **التّلويح على التّوضيح**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان.

33.(**الجوينيّ**) أبو المعالي،عبدُ الملك ابنُ أبي محمد عبد الله بنِ يوسفَ بنِ عبد الله بنِ يوسفَ بنِ محمد بنحَيُّويه الجُوينيُّ النيسابوري ضياء الدين الشافعي(ت478هـ)، **الغياثي (غياث الأمم في التياث الظّلم)**، مطبعة نهضة مصر، ط2، 1401هـ.

34.الزّحيلي وهبه، **أصول الفقه الإسلاميّ**، دارالفكر، ط1، 1406هـ-1986م.

35.(**السّرخسيّ**) أبو بكر محمّد بن أحمد بن أبي سهل (ت490هـ)، **أصول السّرخسي**، تحقيق أبو الوفا الأفغانيّ، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

36.(**الشّاطبيّ**) إبراهيم بن موسى بن محمّد اللّخمي الغرناطي(ت790هـ)، **الموافقات في أصول الشّريعة**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط3، 1424هـ-2003م.

37.(**الشنقيطيّ**) محمّد الأمين بن مختار(1393 هـ)، **مذكّرة أصول الفقه**، الدّار السلفيّة للنّشر والتّوزيع، الجزائر.

38.(**الشّوكاني**) محمّد بن عليّ بن محمّد (ت1255هـ)، **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحقّ من علم الأصول**، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

39.(**ابن عاشور**) محمّد الطّاهر (1313 هـ)، **مقاصد الشّريعة الإسلاميّة**، الشّركة التّونسية للتّوزيع، 1978م

40.عبد الوهّاب خلاّف، **أصول الفقه**، دار القلم، الكويت، 1976م.

41.(**العزّ بن عبد السّلام**) أبو محمّد عزّ الدّين عبد العزيز بن عبد السّلام بن أبي القسم بن الحسن السلميّ(ت 660 هـ)، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، دار الجيل، بيروت، لبنان، ط2، 1400هـ-1980م.

42.(**الغزاليّ**) زين الدّين أبو حامد محمّد بن محمّد بن أحمد الطّوسيّ الشّافعيّ(ت 505هـ)، **المستصفى من علم أصول الفقه**، دار الكتب العلميّة، ط2، بيروت، لبنان.

43.محمّد الخضري بك (ت1345 هـ)، **أصول الفقه**، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، لبنان، ط7، 1405هـ-1985م.

44.محمّد صدقي بن أحمد البورنو، **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكليّة**، مؤسسة الرّسالة، ط1، 1404هـ-1983م.

45.مصطفى سعيد الخنّ (ت فيفري 2008م)، **أثر الاختلاف في القواعد الأصوليّة في اختلاف الفقهاء**، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط4، 1406 هـ -1985م.

الفقه المذهبيّ والفقه العامّ

أ- الفقه المذهبيّ

المذهب المالكيّ

46.(**الباجي**) أبو الوليد سليمان بن خلف الأندلسيّ (ت474هـ)، **فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكّام**، تحقيق محمّد أبو الأجفان، الدّار العربية للكتاب، المؤسسة الوطنية للكتاب، ط1985م.

47.جعيط محمّد العزيز (ت1960م)، **الطريقة المرضيّة في الإجراءات الشّرعيّة**، مطبعة الإرادة، تونس.

48.(**ابن جزي**) أبو القاسم محمّد بن أحمد الكلبيّ الغرناطيّ(741هـ)، **القوانين الفقهيّة**، منشورات دار الكتاب، الجزائر، 1408هـ-1987م.

49.(**الحطّاب**) أبو عبد الله محمّد بن محمّد بن عبد الرّحمان المغربيّ (ت954هـ)، **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**، بهامشه التّاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبد الله محمّد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشّهير بالموّاق(ت897هـ)، دار الفكر، ط3، 1412هـ-1992م

50.(**الخرشي**) محمّد بن عبد الله(ت1101هـ)، **شرح الخرشي على مختصر خليل**، بهامشه حاشية الشيخ عليّ العدويّ (ت1189هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان.

51.(**الدّردير**) أبو البركات سيدي أحمد (ت1201هـ)، **الشّرح الكبير**، بحاشية شمس الدّين عرفه الدّسوقي، بهامشه تقريرات محمد علّيش، دار الفكر، بيروت، لبنان.

52.(**ابن رشد**) أبو الوليد محمّد بن أحمد بن محمّد بن أحمد القرطبيّ (ت520هـ)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، دار اشريفة، الجزائر.

53. (**الصّاوي**) أحمد بن محمّد، **بلغة السّالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، على الشّرح الصّغير للدّردير أحمد بن محمّد بن أحمد (ت1201هـ) ، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1409هـ-1988م.

54.(**ابن عبد الرّفيع**) أبو إسحاق إبراهيم بن حسن (ت733هـ)، **معين الحكّام على القضايا والأحكام**، تحقيق محمّد بن قاسم بن عيّاد، دار الغرب الإسلاميّ، بيروت، لبنان، 1989م.

55.(**عياض**) أبو الفضل بن موسى بن عياض بن عمرو بن موسى بن عياض اليحصبي الأندلسي(ت544 هـ) وولده محمّد(ت575 هـ)، **مذاهب الحكّام في نوازل الأحكام**، تحقيق محمّد بن شريفة، دار الغرب الإسلاميّ، بيروت، لبنان، ط1، 1990م.

56.(**ابن فرحون**) برهان الدّين أبو الوفا إبراهيم بن شمس الدّين أبو عبد الله محمّد(ت799هـ)، **تبصرة الحكّام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، تعيق جمال مرعشلي، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط 1422هـ-2001م.

57.(**القرافي**) شهاب الدّين أبو العباس أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرّحمان بن عبد الله بن يلين المصري المالكيّ الصنهاجيّ(ت684هـ). **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام**، تحقيق عبد الفتّاح أبو غدّه، مكتبة المطبوعات، حلب، سوريا، ط1، 1387هـ-1967م.

58.(**القرافي**) **الفروق**، بحاشيته إدرار الشّروق على أنواء الفروق لابن الشّاط (ت723هـ)، تحقيق عمر حسن القيّام، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ-2003م.

59.(**مالك**) بن أنس (ت197هـ)، **المدوّنة الكبرى برواية سحنون التّنوخي (ت 240 هـ)**، دار الفكر، بيروت.

60.(**ابن المناصف**) محمّد بن عيسى (ت620هـ)، **تنبيه الحكّام على مآخذ الأحكام**، دار التّركي للنّشر، تونس، 1988م.

المذهب الشّافعيّ

61.(**ابن أبي الدّم**) شهاب الدّين إبراهيم بن عبد الله (ت642هـ)، **أدب القضاء**، تحقيق محمّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط1، 1407هـ-1987م.

62.(**الرّملي**) شمس الدّين محمّد بن أحمد بن حمزة (ت1004هـ)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، دار إحياء التّراث العربيّ، بيروت، لبنان.

63.(**الشّربيني**) محمّد الخطيب (ت988هـ)، **مغني المحتاج إلى شرح معاني ألفاظ المنهاج**، على متن منهاج الطّالبين لأبي زكريا بن شرف النّووي (ت676هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان.

64.(**السّيوطيّ**) جلال الدّين عبد الرّحمان (ت911هـ)، **الأشباه والنّظائر في قواعد وفروع فقه الشّافعيّة**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط1، 1403هـ-1983م.

65.(**الشّيرازيّ**) أبو إسحاق إبراهيم بن عليّ بن يوسف الفيروزآبادي (ت476هـ)، **المهذّب في فقه الإمام الشّافعيّ**، دار الفكر، بيروت، لبنان.

66.(**الماوردي**) أبو الحسن علي بن محمّد بن حبيب البصريّ (ت450هـ)، **الأحكام السلطانيّة والولايات الدينيّة**، المكتبة التوفيقيّة، القاهرة، مصر.

67.(**الماوردي**)، **الحاوي الكبير**، تحقيق محمود مطرجي، دار الفكر، بيروت، ط1414هـ- 1994م.

68.(**النّووي**) أبو زكريا محيي الدّين بن شرف (ت676هـ)، **المجموع شرح المهذّب**، ومعه فتح شرح الوجيز للرّافعي أبي القاسم عبد الكريم بن محمّد(ت623هـ) ويليه التّلخيص الحبير في تخريج الرّافعي الكبير لابن حجر العسقلانيّ أبي الفضل أحمد بن عليّ(ت852هـ)، دار الفكر.

69.(**النّوويّ**)، **روضة الطّالبين وعمدة المفتين**، المكتب الإسلاميّ، دمشق، سوريا، ط2، 1985م.

المذهب الحنبليّ

70.(**البهوتي**) منصور بن يونس بن إدريس (ت1051هـ)، **كشّاف القناع عن متن الإقناع**، راجعه وعلّق عليه هلال مصطفى هلال، دار الفكر، 1402هـ-1982م.

71.(**البهوتي**)، **شرح منتهى الإرادات**، عالم الكتب، بيروت، لبنان.

72.(**القارّي**) أحمد بن عبد الله، **مجلّة الأحكام الشرعيّة**، تحقيق عبد الوهّاب إبراهيم أبو سليمان ومحمّد إبراهيم أحمد عليّ، مطبوعات تهامة، جدّة، السعوديّة، ط1، 1401هـ-1981م

73.(**ابن قدامة**) موفّق الدّين أبو محمّد عبد لله بن أحمد بن محمود (ت630هـ)، **المغني** على مختصر أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي (ت334هـ) ومعه الشّرح الكبير على متن المقنع لشمس الدّين أبي الفرج عبد الرّحمن بن أبي عمر بن أحمد بن قدامة المقدسيّ، دار إحياء التراث العربيّ، بيروت، لبنان، ط1، 1377هـ-1958م.

74.(**ابن قدامة**)، **الكافي**، المكتب الإسلامي، 1988.

75.(**ابن قيّم الجوزيّة**) محمّد بن أبي بكر بن أيّوب بن سعد الزّرعيّ الدّمشقيّ أبو عبد الله شمس الدّين (ت750هـ)، **أعلام الموقعين عن ربّ** العالمين، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان.

76.(**المرداوي**) علاء الدّين أبو الحسن عليّ بن سليمان(ت885هـ)، **الإنصاف في معرفة الرّاجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق محمّد الفقّي، دار إحياء التراث العربيّ، بيروت، لبنان، ط1، 1377 هـ- 1958م.

77.(**ابن نجيم**) زين الدّين بن إبراهيم بن محمّد بن بكر(ت970هـ)، **الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، 1405هـ- 1985م.

78.(**ابن نجيم**)، **البحر الرّائق شرح كنز الدّقائق**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، 1993م.

المذهب الحنفيّ

79.(**الحسام الشّهيد**) حسام الدّين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاريّ (ت536هـ)، **شرح أدب القاضي** للخصّاف أبي بكر أحمد بن عمر (ت261هـ)، تحقيق أبو الوفا الأفغانيّ، وأبو بكر محمّد الهاشميّ، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط1، 1414هـ-1994م.

80.(**الزّيلعيّ**) فخر الدّين عثمان بن عليّ (ت743هـ)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، دار المعرفة للطّباعة والنّشر، بيروت، لبنان، ط2.

81.(**السّرخسي**) أبو بكر شمس الدّين محمّد بن أحمد بن أبي سهل(ت490هـ)، **المبسوط**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، 1993م.

82.(**السمنانيّ**) أبو القاسم علي بن أحمد الرّحبيّ (ت499هـ)، **روضة القضاة وطريق النّجاة**، مؤسّسة الرسالة، بيروت، لبنان، دار الفرقان، عمّان، الأردن، ط2، 1404هـ- 1984م.

83.(**الطّرابلسيّ**) علاء الدّين عليّ بن خليل(ت844هـ)، **معين الحكّام فيم يتردّد بين الخصمين من الأحكام**، ويليه **لسان الحكّام في معرفة الأحكام** لـ(ابن الشّحنة) أبي الوليد إبراهيم محمّد بن أبي الفضل، دار الفكر الطّباعة والنّشر والتّوزيع.

84.(**ابن عابدين**) محمّد أمين (ت1252هـ)، **حاشية ردّ المحتار على الدرّ المختار**، شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب أبي حنيفة النّعمان، دار الفكر، 1399هـ-1979م.

85.علي حيدر (ت1353 هـ)، **درر الحكّام شرح مجلّة الأحكام**، تعريب فهمي الحسينيّ، دار الجيل، بيروت، لبنان، ط1، 1411هـ-1991م.

86.(**ابن الغرس**) محمّد بن محمّد بن محمّد بن خليل المصريّ الحنفيّ (ت 932 هـ)، **الفواكه البدريّة في الأقضيّة الحكميّة**، مطبعة النيل، مصر.

87.(**ابن قطلوبغا**) قاسم (ت879هـ)، **موجبات الأحكام وواقعات الأيّام**، تحقيق محمّد سعود المعيني، مطبعة الإرشاد، بغداد، العراق، 1983م.

88.(**الكاساني**) علاء الدّين أبو بكر محمّد بن مسعود (ت587هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط2، 1402هـ-1986م.

89.(**المرغيناني**) برهان الدّين عليّ بن أبي بكر (ت 593هـ)، **الهداية شرح بداية المبتدي**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1410هـ- 1990م.

90.(**الميداني**) عبد الغنيّ الغنيميّ الدّمشقيّ(ت1298 هـ)، **اللّباب في شرح الكتاب**، دار الكتاب العربيّ، بيروت، لبنان.

91.سعدي محمّد علاء الدّين أفندي، **قرّة عيون الأخبار تكملة ردّ المحتار على الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار**، مطبعة الحلبي، ط2، 1386هـ-1966م.

92.(**نظّام**) وجماعة من علماء الهند، **الفتاوى العالمكيريّة المعروفة بالفتاوى الهنديّة**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط4، 1406هـ- 1986م.

93.(**ابن الهمام**) كمال الدّين محمّد بن عبد الواحد السيواسي الحنفيّ (ت861هـ)، **شرح فتح القدير**، على الهداية شرح بداية المبتدي لبرهان الدّين عليّ بن أبي بكر المرغيناني(ت593هـ) ومعه شرح العناية على الهداية لأكمل الدّين محمّد بن محمود البابرتي (ت786هـ) وحاشية المحقّق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي حلبي (ت945هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان.

المذهب الظّاهريّ

94.(**ابن حزم**) أبو محمّد عليّ بن أحمد بن سعيد (ت456هـ)، **المحلّى بالآثار**، تحقيق محمّد منير الدّمشقيّ، دار الاتّحاد العربيّ للطّباعة، ط2، 1390هـ-1970م.

المذهب الزّيديّ

95.(**السّياغي**) الحسين بن أحمد (ت1221 هـ)، **الرّوض النضير شرح مجموع الفقه الكبير**، مكتبة المؤيّد، ط2، السّعوديّة.

96.(**المرتضى**) أحمد بن يحي (ت840هـ)، **البحر الزخّار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**، يليه كتاب جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجّة البحر الزخّار لمحمّد بن يحي بمران الصّعدي (ت957هـ)، إشراف ومراجعة عبد الله محمّد الصدّيق وعبد الحفيظ سعد عطية، مطبعة السنّة المحمّديّة، ط1، 1368هـ-1949م.

المذهب الأباضيّ

97.(**الثّميني**) ضياء الدّين عبد العزيز (ت1223هـ)، **كتاب النّيل وشفاء العليل**، ومعه شرحه لمحمّد بن يوسف أطفيش، مكتبة الإرشاد، جدّة، السّعودية، ط3، 1405هـ-1985م.

98.(**السمائليّ**) حمد عبيد، **العقد الثّمين في أحكام الدّعوى واليمين**، وزارة التّراث القوميّ والثّقافة، عمّان، الأردن، 1403هـ.

المذهب الإماميّ

99.(**الطباطبائيّ**) السيّد محسن (ت1390 هـ)، **مستمسك العروة الوثقى**، مؤسسة اسماعيليان، قم، إيران، ط5.

100. (**النّجفي**)محمّد حسين (1266هـ)، **جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام**، تحقيق محمود القوجاني، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، لبنان، ط7، 1981م.

الفقه العامّ والمرافعات والسياسة الشّرعيّة

101. أحمد فتحي بهنسيّ، **المسؤوليّة الجنائيّة في الفقه الإسلاميّ** دراسة فقيّة مقارنة، دار الشّروق، القاهرة، مصر، ط3، 1404هـ-1984م.

102. أحمد محمّد علي داود، **أصول المحاكمات الشّرعيّة**، مكتبة دار الثّقافة للنّشر والتّوزيع، الأردن، ط1، 2004م.

103. أحمد محمّد علي داود، **القضايا والأحكام في المحاكم الشرعيّة**، دار الثّقافة للنّشر والتّوزيع، عمّان، الأردن، ط1، 1427هـ–2006م.

104. بدران أبو العينين بدران، **تاريخ الفقه الإسلاميّ ونظريّة الملكيّة والعقود**، دار النّهضة العربيّة، بيروت، لبنان.

105. أبو البصل عبد النّاصر موسى، **نظريّة الحكم القضائيّ في الشّريعة والقانون**، دار النفائس للنّشر والتّوزيع، الأردن، ط1، 1420هـ–2000م.

106. (**ابن تيميّة**) أبو العبّاس أحمد(ت728 هـ)، **السّياسة الشّرعيّة في إصلاح الرّاعي والرّعيّة**، الأنيس موفم للنّشر، الجزائر، 1990م.

107. (**ابن جماعة**) بدر الدّين محمّد بن إبراهيم (ت733هـ)، **تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام**، تحقيق أحمد فريد المزيدي ومحمّد حسن إسماعيل الشّافعيّ، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ–2003م.

108. حامد محمّد أبو طالب، **التنظيم القضائيّ الإسلاميّ**، مطبعة السّعادة، مصر، ط1، 1402هـ–1982م.

109. حسن بن أحمد الحمّادي، **نظريّة حجيّة الحكم القضائيّ في الشّريعة الإسلاميّة**، الدّار العلميّة الدّوليّة للنّشر، دار الثّقافة للنّشر والتّوزيع، عمّان، الأردن، ط1، 2003م.

110. (**ابن خلدون**) عبد الرّحمان بن محمّد الحضرميّ(ت808هـ)، **المقدّمة**، دار الرّائد العربيّ، بيروت، لبنان، ط5، سنة 1402هـ–1982م.

111. (**الدّهلويّ**) شاه الله وليّ الله بن عبد الرّحيم الغمريّ ت 1176 هـ)، **حجّة الله البالغة**، دار المعرفة، بيروت.

112. عبد الحكم أحمد شرف، **بحث في حجيّة الأحكام في الشّريعة الإسلاميّة والقوانين الوضعيّة**، مطبعة السّعادة، مصر، ط1، 1408هـ– 1988م.

113. عبد الرّحمان بن قاسم وابنه محمّد، **مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية**، مطابع دار العربيّة للطّباعة والنّشر والتّوزيع، بيروت، لبنان.

114. عبد القادر عودة (ت1954م)، **التشريع الجنائيّ الإسلاميّ مقارنا بالقانون الوضعيّ**، دار إحياء التّراث العربيّ، بيروت، لبنان، ط4، 1405هـ–1985م.

115. عبد الكريم زيدان، **نظام القضاء في الشّريعة الإسلاميّة**، مؤسّسة الكتاب الثقافيّة، بيروت، لبنان، ط3، 1410هـ–1990م.

116. عبد الوهاب خلاّف، **السّياسة الشرعيّة في الشّؤون الدستوريّة والخارجيّة والماليّة**، دار القلم سنة 1408 هـ–1988م.

117. علاء الدّين أبو الحسن عليّ بن محمّد بن عبّاس البعليّ الدّمشقي (ت803هـ)، **الاختيارات الفقهيّة لابن تيميّة**، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

118. محمّد الخضري بك، **تاريخ التّشريع الإسلاميّ**، دار اشريفة للطّباعة والنّشر، الجزائر، ص19-21.

119. محمّد الزّحيلي، **التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة–**، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط2، 1423هـ – 2002م.

120. محمّد أبو زهرة، **الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلاميّ (الجريمة)**، دار الفكر العربيّ، القاهرة، مصر، 1998م.

121. محمّد بن محمّد بن عرنوس، **تاريخ القضاء في الإسلام**، المطبعة المصريّة الحديثة، القاهرة، مصر، 1352هـ–1934م.

122. محمّد نعيم ياسين، **نظريّة الدّعوى في الشّريعة الإسلاميّة وقانون المرافعات المدنيّة والتجاريّة**، مطبعة القوّات المسلحة الأردنيّة، منشورات وزارة الأوقاف، 1973م.

123. مصطفى الزّرقا، **المدخل الفقهيّ العامّ**، مكتبة الخليفة، ط3، 1379هـ -1952م.

124. منّاع القطّان، **التّشريع والفقه في الإسلام تاريخا ومنهجا**، مؤسسة الرّسالة، بيروت، لبنان، ط6، 1406 هـ- 1985م.

125. نبيل اسماعيل عمر، **أصول المرافعات الشّرعيّة وعلم القضاء في المملكة العربيّة السّعوديّة**، منشأة المعارف بالإسكندريّة، مصر، 1993م.

126. وهبة الزّحيلي، **الفقه الإسلاميّ وأدلّته**، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط1، 1984م.

ثانيا: مصادر ومراجع القانون

أ.النّصوص الرسميّة

127. دستور 28 نوفمبر 1996م المعدّل في 10 أفريل 2002م الصّادر بموجب المرسوم الرئاسيّ رقم 96-438 المؤرّخ في 26 رجب 1417هـ الموافق لـ 07 ديسمبر 1996م، المنشور في الجريدة الرسميّة عدد 75 بتاريخ 08 ديسمبر 1996م.

128. القانون العضويّ 98-01 المؤرّخ في 30 ماي 1998م، المتضمّن اختصاصات مجلس الدّولة وتنظيمه وعمله.

129. القانون العضويّ رقم 98-03 المؤرّخ في 30 ماي 1998م المتضمّن اختصاصات محكمة التّنازع وتنظيمها وعملها.

130. القانون العضوي رقم 04-11 المؤرّخ في 21رجب 1425هـ الموافق لـ 6-09-2004 المتضمّن القانون الأساسيّ للقضاء، المنشور بالجريدة الرسميّة رقم 57 بتاريخ 23 رجب 1425هـ المرافق لـ 08-09-2004م.

131. القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 10 جمادى الثّانية 1426هـ الموافق لـ 17 يوليو 2005 المتعلّق بالتنظيم القضائيّ، المنشور بالجريدة الرسميّة رقم 51 بتاريخ 13 جمادى الثّانية 1426 هـ الموافق لـ 20 يوليو 2005م.

132. الأمر 66-155 المؤرّخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ08 جوان 1966م المتضمّن قانون الإجراءات الجزائيّة المعدّل والمتمّم.

133. الأمر رقم 69-73 المؤرّخ في 16 سبتمبر 1969م المعدّل والمتمّم لقانون الإجراءات الجزائيّة.

134. الأمر رقم 72-38 المؤرّخ في 27 يوليو 1972م المعدّل والمتمّم لقانون الإجراءات الجزائيّة.

135. القانون رقم 82-03 المؤرّخ في 13 فبراير 1982م المعدّل والمتمّم لقانون الإجراءات الجزائيّة.

136. القانون رقم 86-05 المؤرّخ في 04 مارس 1986م المعدّل والمتمّم لقانون الإجراءات الجزائيّة.

137. الأمر رقم 95-10 المؤرّخ في 25 فبراير 1995م المعدّل والمتمّم لقانون الإجراءات الجزائيّة.

138. القانون رقم 90-24 المؤرّخ في 18 غشت 1990م المعدّل والمتمّم لقانون الإجراءات الجزائيّة.

139. القانون رقم 04-14 المؤرّخ في 10 أكتوبر 2004م المعدّل والمتمّم لقانون الإجراءات الجزائيّة.

140. الأمر 66-154 المؤرّخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ 08 جوان 1966م المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة المعدّل والمتمّم.

141. الأمر رقم 75-58 المؤرّخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975م المتضمّن القانون المدنيّ، المنشور بالجريدة الرسميّة عدد 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975م المعدّل والمتمّم.

142. القانون رقم 05-10 المؤرّخ في 20 يونيو 2005م المعدّل والمتمّم للقانون المدنيّ.

143. الأمر رقم 66-156 المؤرّخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ 08 يونيو 1966م المتضمّن قانون العقوبات المعدّل والمتمّم.

144. المرسوم 76-63 المؤرّخ في 25-03-1976م المتعلّق بتأسيس السجل العقاريّ.

145. القانون 98-02 المؤرّخ في 30 ماي 1998م المتضمّن تنظيم وتشكيل المحاكم الإداريّة.

146. المرسوم التنفيذيّ رقم 98-356 المتضمّن كيفيّة تطبيق القانون 98-02.

147. المرسوم التنفيذي رقم 05-303 المؤرّخ في 15 رجب 1426هـ الموافق لـ 20 غشت 2005 يتضمّن تنظيم المدرسة العليا للقضاء ويحدّد كيفيّات سيرها وشروط الالتحاق بها ونظام الدّراسة فيها وحقوق الطلبة القضاة وواجباتهم، المنشور بالجريدة الرسميّة، رقم 58 بتاريخ 20 رجب 1426هـ الموافق لـ25 غشت 2005م.

148. القانون المدني الفرنسيّ (قانون 07 فيفري 1804).

149. القانون المدنيّ المصريّ.

150. قانون الإثبات المصري القانون رقم 25 لسنة 1968م، المعدل بالقانون 23 لسنة 1992م، والقانون رقم 18 لسنة 1999م.

151. قانون المرافعات المدنيّة والتجاريّة المصريّ رقم 13 لسنة 1968م.

152. قانون الإجراءات الجنائيّة المصريّ.

ب. المراجع العامّة

153. إبراهيم سيّد أحمد، **حجّية الأحكام فقها وقضاءً**، دار الفكر الجامعيّ، الإسكندريّة، مصر، ط1، 2001م.

154. أحسن بوسقيعة، **قانون الإجراءات الجزائيّة في ضوء الممارسة القضائيّة**، منشورات بيرتي، 2007-2008م.

155. أحمد شوقي الشلقانيّ، **مبادئ الإجراءات الجزائيّة في التّشريع الجزائريّ**، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر، 1999م.

156. أحمد فتحي سرور، **الوسيط في قانون الإجراءات الجنائيّة**، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، مصر، ط7، 1993م

157. أحمد ماهر زغلول، **أعمال القاضي الّتي تحوز حجيّة الأمر المقضيّ وضوابط حجيّتها**، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، مصر، 1410هـ-1990م.

158. أحمد ماهر زغلول، **الحجيّة الموقوفة** (أو تناقضات حجيّة الأمر المقضيّ في تطبيقات القضاء المصري)، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، ط2، 1995.

159. أحمد محمّد حشيش، **مبدأ عدم جواز تناقض الأحكام**، 1997م.

160. أحمد مليجي، **أعمال القضاة**، مكتبة دار النهضة العربيّة، القاهرة، مصر.

161. أحمد مليجي، **تحديد نطاق الولاية القضائيّة والاختصاص القضائيّ**، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، مصر.

162. أحمد أبو الوفا، **نظريّة الدّفوع في قانون المرافعات**، منشأة المعارف، الإسكندريّة، مصر.

163. أحمد أبو الوفا، **نظريّة الأحكام في قانون المرافعات**، منشأة المعارف بالإسكندريّة، مصر.

164. أحمد هندي، **قانون المرافعات المدنيّة والتّجاريّة(الخصومة والحكم والطّعن)** دار الجامعة الجديدة للنّشر، الإسكندريّة، مصر، 1995م.

165. إدوار غالي الذهبيّ، **حجيّة الحكم الجنائيّ أمام القضاء المدنيّ**، دار غريب للطّباعة، القاهرة، مصر، 1980م.

166. إدوار غالي الذهبيّ، **دراسات في قانون الإجراءات الجزائيّة**، مكتبة غريب، القاهرة، مصر.

167. بوبشير محند أمقران، **النّظام القضائيّ الجزائريّ**، ديوان المطبوعات الجامعيّة، ط2، 1994م.

168. توفيق حسن فرج، **قواعد الإثبات في المواد المدنيّة والتّجاريّة**، منشورات الحلبي الحقوقيّة، 2003م.

169. جيلالي بغدادي، **الاجتهاد القضائيّ في المواد الجزائيّة**، الدّيوان الوطنيّ للأشغال التربويّة، ط1، 2002م.

170. حسن علي الشاذليّ، **النّظريّة العامّة للجريمة (الجريمة)**، دار الكتاب الجامعيّ، القاهرة، مصر.

171. رمزي سيف، **الوسيط في قانون المرافعات المدنيّة والتّجاريّة**، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، مصر، ط5، 1964م.
172. سعد عصفور، محسن خليل، **القضاء الإداريّ**، منشأة المعارف بالأسكندريّة، مصر.
173. سعيد أحمد شعلة، **قضاء النّقض المدنيّ في حجيّة الأحكام**، منشأة المعارف بالإسكندريّة، مصر، 1998م.
174. سليمان عبد المنعم، **النّظريّة العامّة لقانون العقوبات**، دار الجامعة الجديدة للنّشر، الإسكندرية، مصر، 2000م.
175. سليمان محمد الطماوي، **السّلطات الثّلاث في الدّساتير العربيّة المعاصرة والفكر السياسيّ الإسلاميّ– دراسة مقارنة–** ، دار الفكر العربيّ، مصر، ط6، سنة 1996م
176. سمير عالية، **قوّة القضيّة المقضيّة**(مبدأ عدم جواز المحاكمة مرّتين عن ذات الفعل أمام القضاء الجزائيّ)، المؤسسة الجامعيّة للدّراسات والنّشر والتوزيع، ط2، 1407هـ–1987م.
177. السّنهوري عبد الرّزاق، **الوسيط في شرح القانون المدنيّ الجديد**، منشورات الحلبيّ الحقوقيّة، بيروت، لبنان، ط3، 1998م.
178. شريف أحمد الطّباخ، **حجيّة الأحكام في الدّعاوى المدنيّة والجنائيّة**، دار المصطفى للإصدارات القانونيّة، القاهرة، مصر.
179. عبد الحكم فوده، **موسوعة الحكم القضائيّ في المواد المدنيّة والجنائيّة**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط 2003.
180. عبد الحكم فوده، **حجيّة الأمر المقضيّ وقوّته في المواد المدنيّة والجنائيّة**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.
181. عبد الحكم فوده، **البطلان في المرافعات المدنيّة والتّجاريّة**، دار المطبوعات الجامعيّة، الإسكندريّة، مصر، ط2، 1993م.
182. عبد الحميد الشّواربي، **البطلان المدنيّ الإجرائيّ والموضوعيّ**، منشأة المعارف بالإسكندريّة، مصر.
183. عبد الحميد الشّواربي، **حجيّة الأحكام المدنيّة والجنائيّة في ضوء القضاء والفقه**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1986م.
184. عبد العزيز سعد، **أجهزة ومؤسسات النّظام القضائيّ الجزائريّ**، المؤسّسة الوطنيّة للكتاب، الجزائر، 1988م.
185. عبد الغني بسيوني عبد الله، **النّظم السياسيّة والقانون الدّستوريّ**، الدار الجامعيّة للطباعة والنّشر، بيروت، لبنان، 1993م
186. العدويّ جلال عليّ، **أصول أحكام الالتزام والإثبات**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996م.
187. علي عوض حسن، **الدّفع بعدم جواز نظر الدّعوى لسبق الفصل فيها**، دار المطبوعات الجامعيّة، الإسكندريّة، مصر، 1996م.
188. عمّار بوضياف، **النّظام القضائيّ الجزائريّ**، جسور للنّشر والتّوزيع، دار الرّيحانة للكتاب، الجزائر.
189. فتحي والي، **الوسيط في قانون القضاء المدنيّ**، 1980م.
190. فتحي والي، **قانون القضاء المدنيّ**، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، مصر، ط1، 1973م.
191. فتحي والي، **مبادئ قانون القضاء المدنيّ**، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، مصر، ط2.
192. فتحي والي، **نظريّة البطلان في قانون المرافعات**، منشأة المعارف ، الإسكندريّة، مصر، ط1، 1959م.
193. فتوح عبد الله الشّاذلي، علي عبد القادر القهوجيّ، **شرح قانون العقوبات(القسم العامّ)**، دار المطبوعات الجامعيّة، الإسكندريّة، مصر، 1997م.
194. فهمي محمد حامد، **المرافعات المدنية والتجاريّة**، دار المعارف، الإسكندرية.
195. مصطفى مجدي هرجه، **قانون الإثبات في المواد المدنيّة والتّجارية في ضوء أحدث الآراء وأحكام النّقض والصّيغ القانونيّة**، دار المطبوعات الجامعيّة، الإسكندريّة، مصر، 1994م.

196. معوّض عبد التوّاب، **نظريّة الأحكام في القانون الجنائيّ**، دار الكتاب العربيّ، بيروت، لبنان، ط1، 1408هـ–1988م.

197. مفلح عوّاد القضاة، **أصول المحاكمات المدنيّة والتّنظيم القضائيّ**، مكتبة دار الثقافة للنّشر والتّوزيع، عمّان، الأردن.

198. مولاي ملياني بغدادي، **الإجراءات الجزائيّة في التّشريع الجزائريّ**، المؤسّسة الوطنيّة للكتاب، الجزائر.

199. نبيل إسماعيل عمر، **النّظام القانوني للحكم القضائي في قانون المرافعات المدنيّة والتّجاريّة**، دار الجامعة الجديدة للنّشر، الإسكندريّة، مصر، ط1، 2006م.

200. وجدي راغب، **مبادئ القضاء المدنيّ**، دار الفكر العربيّ، ط1، 1986م.

201. وجدي راغب فهمي وأحمد ماهر زغلول ويوسف يوسف أبو زيد، **مبادئ القضاء المدنيّ**، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، مصر، 2003م.

202. يحي بكوش، **الأحكام القضائيّة وصياغتها الفنيّة**، المؤسّسة الوطنيّة للكتاب، الجزائر، 1984م.

203. يحي بكوش، **أدلّة الإثبات في القانون المدنيّ الجزائريّ والفقه الإسلاميّ**–دراسة نظريّة وتطبيقيّة مقارنة– المؤسّسة الوطنيّة للكتاب، الجزائر، 1998م.

ثالثا: المعاجم وكتب التّراجم

المعاجم

204. (**التّهانويّ**) محمّد علي الفاروقيّ (ت ق12هـ)، **كشّاف اصطلاحات الفنون**، المؤسّسة المصريّة العامّة للتّأليف والتّرجمة والطّباعة والنّشر، 1382هـ–1963م.

205. (**الجرجاني**) الشّريف عليّ بن محمّد، **كتاب التّعريفات**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط1، 1403هـ–1983م.

206. (ابن الجوزيّ) أبو الفرج عبد الرّحمان بن عليّ بن محمّد بن عليّ بن عبد الله بن حمادي بن أحمد بن جعفر (ت597هـ)، **غريب الحديث**، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1985م.

207. جيرار كورنو، **معجم المصطلحات القانونيّة**، ترجمة منصور القاضي، المؤسسات الجامعيّة للدّراسات والنّشر والتّوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ–1998م.

208. (**الرّازي**) محمّد بن أبي بكر بن عبد القادر (ت721هـ)، **مختار الصّحاح**، مكتبة لبنان ناشرون، 1415هـ –1995م.

209. (**الرّاغب الأصفهانيّ**) أبو القاسم الحسين بن محمّد (ت502هـ)، **المفردات في غريب القرآن**، تحقيق محمّد سيّد كيلاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

210. (**الزّمخشري**) جار الله أبو القاسم محمود بن عمر(ت538هـ)، **أساس البلاغة**، تحقيق عبد الرّحيم محمود، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

211. (**ابن المطرّز**) أبو الفتح ناصر الدّين بن عبد السيّد بن عليّ (ت610هـ)، **المغرب في ترتيب المعرب**، تحقيق محمود الفاخوري وعبد الحميد مختار، مكتبة أسامة بن زيد، حلب، سوريا، ط1، 1979م.

212. (**ابن منظور**) محمّد بن مكرم الإفريقي المصريّ (ت711هـ)، **لسان العرب**، تحقيق المخزومي مهدي والسامرائي إبراهيم، ط1، دار صادر، بيروت، لبنان.

213. (**الفراهيدي**) أبو عبد الرّحمن الخليل بن أحمد (ت 175 هـ)، **كتاب العين**، تحقيق: مهدي المخزوميّ وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال ، ط1، 1402هـ.

214. (**الفيروزآبادي**) محمّد بن يعقوب (ت817هـ)، **القاموس المحيط**، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط2، 1399هـ.

215. (**الفيوميّ**) أحمد بن محمّد بن عليّ المقرّي (ت770هـ)، **المصباح المنير**، تحقيق البجاوي عليّ محمّد ومحمّد أبو الفضل إبـراهيم، المكتبة العلميّة، بيروت، لبنان، ط2، 1399هـ

216. (**ابن قتيبة**) عبد الله بن مسلم الدينوري أبو محمّد (ت276هـ)، **غريب الحديث**، تحقيق عبد الله الجبوري، مطبعة العاني، بغداد، ط1397هـ.

217. (**القونويّ**) قاسم بن عبد الله بن أمير عليّ (ت978هـ)، **أنيس الفقهاء**، تحقيق أحمد بن عبد الرزّاق الكبيسيّ، دار الوفاء، جدّة، السّعوديّة، ط1، 1406هـ.

218. (**الهرويّ**) ابن سلام القاسم أبو عبيد (ت224هـ)، **غريب الحديث**، تحقيق عبد المعيد خان، دار الكتاب العربيّ، بيروت، لبنان، ط1396هـ.

كتب التّراجم

219. (**ابن الأثير**) عزّ الدّين أبو الحسن عليّ بن أبي الكرم محمّد بن محمّد بن عبد الكريم الشّيبانيّ الجزيريّ (ت630هـ)، **أسد الغابة في معرفة الصّحابة**، المكتبة الإسلاميّة، طهران، 1377هـ.

i. دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997م.

220. (**ابن حجر**) أبو الفضل شهاب الدّين أحمد بن عليّ بن محمّد حجر العسقلاني (ت 852هـ)، **لسان الميـزان**، مؤسسـة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، لبنان، 1971م.

221. (**ابن خلكان**) أبو العبّاس شمس الدّين (ت681هـ)، **وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزّمان**، تحقيق إحسـان عبّـاس، دار صادر، بيروت، لبنان، 1977م.

222. (**الذّهبيّ**) شمس الدّين محمّد بن أحمد بن عثمان (ت748هـ)، **سير أعلام النبلاء**.

223. دار الفكر، بيروت، لبنان.

224. مؤسسة الرّسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1401هـ-1981م

225. (**الذّهبيّ**)، **تذكرة الحفّاظ**، دار إحياء التّراث العربيّ، بيروت، لبنان.

226. (**الزّركلي**) خير الدّين (ت1976م)، **الأعلام** (قاموس التّراجم لأشهر الرّجال والنّساء). دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط7، 1986م.

227. (**الزّركلي**)، **الأعلام**، طبعة مصر، ط2.

228. (**الشّيرازيّ**) إبراهيم بن عليّ بن يوسف أبو إسحاق (ت476هـ)، **طبقات الفقهاء**، تحقيق إحسان عبّـاس، دار الرّائـد العربيّ، بيروت، لبنان، ط2، 1401هـ-1980م.

229. (**ابن العماد**) أبو الفلاح عبد الحيّ الحنبليّ (ت1089هـ)، **شذرات الذّهب في أخبار من ذهب**، دار الكتب العلميّـة، بيروت، لبنان.

230. عمر رضا كحّالة، **معجم المؤلّفين**، دار إحياء التّراث العربيّ، بيروت، لبنان.

231. (**ابن فرحون**) برهان الدّين أبو الوفا إبراهيم بن شمس الدّين أبو عبد الله محمّد(ت799هـ)، **الديباج المذهّب في معرفـة أعيان علماء المذهب**، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، لبنان، ص62-67).

232. (**المِزّي**) يوسف بن عبد الرّحمان بن يوسف أبو الحجّاج جمال الدّين ابن الزّكيّ أبو محمّد، **تهذيب الكمـال**، دار الفكـر، بيروت، لبنان.

233. (التّميريّ) أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمّد بن عبد البرّ بن عاصم، **الاستيعاب في معرفة الأصحاب**، وهو بهامش الإصابة في تمييز الصّحابة لابن حجر العسقلانيّ، مطبعة السّعادة، مصر، ط1، 1328هـ.

رابعا: الرسائل الجامعيّة

234. أحمد السيّد صاوي، **الشّروط الموضوعيّة للدّفع بحجيّة الشيء المحكوم فيه** (رسالة دكتوراه، كليّة الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1971م).

235. الأمين شريّط، **خصائص التطوّر الدّستوريّ في الجزائر** (رسالة دكتوراه، معهد الحقوق، جامعة قسنطينة، 1991م)

236. سعيد فكره، **نظريّة الشّرط عند الأصوليين** (رسالة دكتوراه، معهد الشّريعة، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 1997م

237. عبد الحسيب سند عطيّة، **حجيّة الحكم الجنائيّ في الفقه الإسلاميّ والقانون الوضعيّ** (رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، كليّة الشّريعة والقانون، القاهرة، 1998م، قسم رسائل الدكتوراه، رقم 1585).

238. عبد الخالق غريب، **نقض الأحكام القضائية في التّشريع الإسلاميّ** (رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، كلية الشّريعة والقانون، 1405هـ- 1985م.

239. علاء الدّين عليّ إبراهيم أحمد، **حجيّة الأمر المقضيّ به في الفقه الإسلاميّ والقانون الوضعيّ** (رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، كليّة الشّريعة والقانون بأسيوط سنة 1996، قسم الرسائل، كليّة الحقوق، جامعة القاهرة، رقم220/1).

240. عنتر سيّد جوده، **حجيّة القرائن في الإثبات المدنيّ في الفقه الإسلاميّ والقانون الوضعيّ** (رسالة دكتوراه في الحقوق، كليّة الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1423هـ-2002م).

241. مالكي محمّد الأخضر. **قرينة براءة المتّهم** (رسالة دكتوراه في الحقوق، كليّة الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر، رقم 96.

خامسا: الدوريات والمجلات والموسوعات

242. **الجريدة الرسميّة**، رقم 53، 1989م.

243. **الجريدة الرّسميّة**، رقم 86، 1998م.

244. **الجريدة الرسميّة** رقم 57، 23 رجب 1425هـ/08-09-2004م.

245. **الجريدة الرسميّة**، العدد51، 20-07-2005.

246. **الجريدة الرسميّة**، رقم 58، 20 رجب 1426هـ/25غشت 2005م.

247. **سلسلة الاجتهاد القضائيّ**، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر.

248. **المجلة الجزائريّة للعلوم القانونيّة والاقتصاديّة والسياسيّة**، الجزائر، العدد2، 1994م.

249. **مجلّة الحقوق**، كليّة الحقوق بالكويت، (العدد3، 4) السّنة السّادسة، 1402هـ-1982م.

250. **المجلّة القضائيّة**، العدد1، 1989م.

251. **المجلّة القضائيّة**، العدد04، 1989م.

252. **المجلة القضائيّة**، العدد 04، 1990م.

253. **المجلّة القضائيّة**، العدد 02، 1992م.

254. **المجلة القضائيّة**، العدد3، 1993م.

255. **المجلّة القضائيّة**، العدد1، 1997م.

256. **مجلّة هيئة قضايا الدّولة**، مصر، العدد الرّابع، 2004م، رقم 192.

257. **مجلّة كتابة الدّولة للعدل**، تونس، 29جوان 1966م.
258. **مجلة هيئة قضايا الدّولة**، مصر، العدد4، رقم192، أكتوبر-ديسمبر 2004م.
259. **موسوعة أعلام الفكر الإسلاميّ**، وزارة الأوقاف، القاهرة، مصر، 1428هـ-2007م .
260. **موسوعة التّشريع الإسلاميّ**، رقم5، سلسلة الموسوعات الإسلاميّة المتخصّصة، وزارة الأوقاف، مصر، 1427هـ-2006م.
261. **نشرة العدالة**، 1968م.
262. **نشرة العدالة**، 1969م .
263. **النّشرة العلميّة للشّريعة وأصول الدّين**، الجامعة التّونسيّة، العدد 3و4، سنة 1974م.
264. **نشرة القضاة**، العدد 2، 1970م.
265. **نشرة القضاة**، العدد 3، 1970م.
266. **النّشرة القضائية**، العدد 52، 1997م.

سادسا: مراجع باللّغة الأجنبيّة

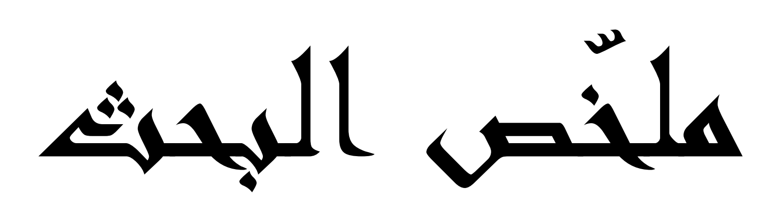
2. E. Gaursonnet, ch. Cezar –Bru **: traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale**, 3 éd, T 3, Paris 1913.
3. Jean Fouey, **De l'autorité de la chose jugée en matière civile**. Essai d'une définition, thèse. Paris 1954. 221.
4. Léonardo nemer caldeira brant**. L'autorité de la chose jugée en droit international public**. L.G.D.J. paris,2003.
5. marcel morand**. Etudes de droit musilman algérien** .alger 1910.
6. Milliot/ **introduction à l'étude du droit musilman**. Siry.paris. 1953.
7. Zeys et mohamed ould sdi said. **Recueil d'actes judiciaires arabes avec la traduction françaises et des notes juridiques**. Alger 1886.
8. Gaston stéfani, Georges levasseur, Bernard Bouloc. **Procédure pénale**. Dalloz, 16 e édition ;1996.
9. Natalie FRICERO, **Autorité du jugement,** in DROIT ET PRATIQUE DE LA PROCEDURE CIVILE, ouvrage collectif sous la direction de Serge GUINCHARD, Dalloz action, éd.. DELTA, LIBAN 1998.
10. ROGER PERROT, **Encyclopédie dalloz de droit civile**, chose jugée, 1978, mise à jour 1994.
11.**le grand déctionnaire encyclopédique du siècle**, éditions philippe auzou, paris ,2001.
12.Gérard cornu. **Vocabulaire juridique**. Delta, beyrouth. Presses universitaire de France, paris. 5 édition. Janvier 1996

سابعا: المواقع الإلكترونيّة

www.sharjah.ac.ae/Arabic
www.ju.edu.jo/shareah
http://fr.wikipédia.org

HTTP://WWW. CRIMINOCORPUS.CNRS.FR
http://www.legifrance.gouv.fr
http://ar.jurispedia.org
http://rafatosman.com
http://www.f-law.net
http://www.numilog.com.
http://www.ibtesama.com

فهرس الموضوعات


ملخّص البحث

يعدّ موضوع "حجيّة الحكم القضائيّ" من موضوعات المرافعات ذات الأهميّة الخاصّة، نظرا لصلته بنظريّة الحكم القضائيّ، الّذي يُعتبر ثمرة العمل القضائيّ وخلاصة جهود القاضي في محاولة الإحاطة بوقائع الدّعوى وتكييفها ودراسة طلبات الخصوم وأدلّتهم ودفوعهم، ذلك أنّ التّعرّض بالحديث عن حجيّته يعدّ تناولا لأهمّ ما يلحق به من صفات، وما يترتّب عليه من آثار.

ويتلخّص مفهوم هذا الأثر (حيازة الحجيّة) في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ فيما يناله الحكم القضائيّ من احترام وحصانة، بحيث يُحمل على الصّحة، ويكون معتبرا في الدّعاوى اللاّحقة، ولا يكون مجالا للمنازعة من طرف القضاء أو الخصوم، وهو بهذا المعنى يتميّز عن سائر ما يلحق بالحكم القضائيّ من صفات، ويرتبط به من أنظمة.

ورغم أنّ المصطلح لم يُعرف في نصوص الشّريعة وكتب المتقدّمين من فقهائها، إلاّ أنّه وُجد كمعنى مستقرّ في نصوص الشّريعة وفقه المتقدّمين منهم يضاهي ما استقرّ عليه الفقه والتّشريع الوضعيان حاليا، وهي تقوم –أي الحجيّة– في مشروعيّتها على جملة من نصوص الشّريعة وقواعدها، كما تقوم في القانون الوضعيّ على النّصوص القانونيّة الّتي قرّرها، ولئن كان القانون الوضعيّ قد ميّز بين الدّعوى المدنيّة والدّعوى الجزائيّة من حيث أساس الحجيّة فيها وتعلّقها بالنّظام العامّ، فإنّ فقه الشّريعة الإسلاميّة يتّفق على وحدة الأساس فيهما، وتعلّق الحجيّة فيهما بالنّظام العامّ مطلقا.

يتوقّف إعمال حجيّة الحكم القضائيّ على توافر بعض الشّروط اللاّزمة للتمسّك بها وأخرى للدّفع بها، حيث يُشترط للتّمسّك بها أن يكون الحكم صحيحا وأن يصدر عن جهة قضائيّة متخصّصة فاصلا في الموضوع وأن يكون نهائيّا إذا كان جنائيّا، بينما يُشترط للدّفع بها في الدّعوى المدنيّة وحدة المسألة المقضيّ فيها بوحدة الموضوع والسّبب وأطراف الخصومة، ويشترط في الدّعوى الجزائيّة وحدة الواقعة والمتّهم.

ثمّ إنّ للحجيّة نطاق عمل من حيث طبيعة العمل وأجزاء الحكم ودلالته، فهي لا تسري إلاّ على العمل القضائيّ الصّادر عن السّلطة القضائيّة بموجب ممارسة هذه السّلطة، ولا تسري إلاّ على منطوق الحكم دون الأسباب والوقائع، ولا تسري إلاّ على المنطوق الصّريح دون الضّمنيّ (غير الصّريح) ما لم تسبق إثارته من طرف الخصوم وبحث المحكمة له وكان معنى لازما للصّريح.

وتلقي الحجيّة بظلالها على القضاة والخصوم، إذ تمنع المحكمة من إعادة نظر الدّعوى وتحجز الخصوم عن إعادة طرحها بدعوى مستجدّة، وهي زيادة على القانون الوضعيّ تمتدّ إلى فكر المفتين واعتقادات الخصوم، فتمنع الفتوى بخلاف ما قضى به الحكم وتلزم الخصوم بالتّسليم له فيما يعتقدون خلافه.

Résumé.

L'autorité d'une décision juridictionnelle constitue l'une des questions de procédure d'une importance particulière du fait de sa relation avec la théorie du jugement qui constitue l'aboutissement de l'acte juridictionnel et des efforts du juge dans l'appréhension des faits et leur qualification ainsi que l'étude des demandes et des moyens invoqués par les parties. Dès lors, évoquer la question de la force probante d'un jugement revient à considérer de ses principales qualités et ses effets.

En droit musulman ainsi qu'en droit positif, la signification de cet effet peut se résumer par le respect et l'immunité qui caractérisent un jugement. Ce dernier bénéficie d'une présomption de vérité et sera pris en compte dans une action ultérieure. Par ailleurs, il ne peut faire l'objet d'une contestation de la part des juridictions ou des parties. Dans ce sens, cet effet se distingue des qualités ordinaires d'un jugement.

Bien que l'expression ne soit pas définie par la charia et la doctrine y afférente, elle n'en est pas moins dotée d'une signification constante équivalente à ce qui est admis par la doctrine et le droit positif actuel. Dans son aspect légal, l'autorité d'une décision de justice est fondée en droit musulman sur un ensemble de dispositions de la charia. Dans le droit positif, elle est fondée sur les textes qui l'ont consacrée. Sur ce plan, si le droit positif distingue entre le civil et le pénal et l'appréhende au regard de l'ordre public, la doctrine du droit musulman considère l'unité de son fondement. La relation avec l'ordre public y est absolue.

L'autorité de la chose jugée est conditionnée par l'existence de certains éléments susceptibles d'être soulevés pour soutenir une prétention ou exciper d'une défense. En soutien au civil, le jugement doit être non vicié et prononcé par une juridiction compétente au fond ; au pénal, il doit être définitif. En défense au civil, l'autorité d'un jugement est conditionnée par l'unité de la question examinée et l'unité du fond, de la cause et des parties. Au pénal, l'exception est conditionnée par l'unité des faits et de l'accusé.

Ensuite, l'autorité de la chose jugée a un champ d'action déterminé par la nature de l'acte, ses éléments constitutifs et sa force probante. Elle ne se rattache qu'à l'acte juridictionnel produit par une autorité judiciaire à l'occasion de l'exercice d'une fonction

juridictionnelle ; elle n'a d'effet qu'à l'égard du dispositif de cet acte et non pas à l'égard des motifs et des faits. Par ailleurs, le dispositif doit être explicite non pas implicite dès lors qu'il n'a pas été contesté par les parties et examiné par une juridiction.

L'autorité de la chose jugée couvre de son ombre les juges et les parties en ce sens qu'elle interdit au tribunal le réexamen de l'action et consigne les partie à ne pas l'invoquer une seconde fois. Par rapport au droit positif, elle oblige en droit musulman les muftis et s'impose aux convictions des parties : elle interdit une fatwa contraire à ce qui a été jugé et oblige les parties à s'y soumettre malgré leurs convictions.

Summary.

The authority of a jurisdictional decision constitutes one of the procedural questions of particular importance because of its relationship to the theory of the judgement which constitutes the result of the legal measure and the efforts of the judge in the apprehension of the facts and their qualification as well as the study of the requests and the means called upon by the parts.Consequently, to mention the question of the conclusive force of a judgement amounts considering of its principal qualities and its effects.

In Moslem right like in substantive law, the significance of this effect can be summarized by the respect and the immunity which characterize a judgement. This last profits from a presumption of truth and will be taken into account in a later action. In addition, it cannot be the subject of a dispute on behalf of the jurisdictions or parts. In this direction, this effect is distinguished from ordinary qualities of a judgement.

Although the expression is not defined by the charia and the related doctrines y, it is not equipped with it with a significance constant equivalent to what is admitted by the doctrines and the current substantive law. In its legal aspect, the authority of a decision of court is founded in Moslem right on a unit of provisions of the charia. In the substantive law, it is founded on the texts which devoted it. From this point of view, if the substantive law distinguishes between the civil one and the penal one and apprehends it in comparison with the law and order, the doctrines of the Moslem right consider the unit of its base.

The relationship to the law and order is absolute there. The authority of the final decision is conditioned by the existence of certain elements likely to be raised to support a claim or exciper of a defense. In support for civil, the judgement must not be vitiated and pronounced by a court of jurisdiction at the bottom; with penal, it must be final. In defense with civil, the authority of a judgement is conditioned by the unit of the examined question and the unit of the bottom, the cause and the parts. With penal, the exception is conditioned by the unit of the facts and the defendant. Then.

the authority of the final decision has a sphere of activity determined by the nature of the act, its components and its conclusive force. It is attached only to the légal measure produced by a legal authority at the time of the exercise of a judicial office; it has effect

only with regard to the device of this act and not with regard to the reasons and facts. In addition, the device must be explicit not implicit since it was not disputed by the parts and was examined by a jurisdiction.

The authority of the final decision covers with its shade the judges and the parts in the sense that it prohibits with the court the re-examination of the action and instruction the part not to call upon it one second time. Compared to the substantive law, it obliges in Moslem right the muftis and is essential on the convictions parts: it prohibits a contrary fatwa with what was judged and obliges the parts to be subjected to it in spite of their convictions.